



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali

di ALESSIA OTTAVIA COZZI



**UN CONFLITTO COSTITUZIONALE SILENTE:
CORTE DI GIUSTIZIA E DEFERENZA VERSO IL LEGISLATORE
EUROPEO NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA
SULLA CITTADINANZA E SUL RICONOSCIMENTO DI
PRESTAZIONI SOCIALI**

di *Alessia-Ottavia Cozzi*

*Dottore di ricerca in diritto costituzionale – Università di Ferrara
Ricercatore – Area Science Park, Trieste*

ABSTRACT

ITA

Il presente contributo trae spunto da alcune recenti sentenze della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei cittadini europei e di godimento di prestazioni sociali, i casi *Rendón Marín* e *Dansk Industri* del 2016. La dimensione costituzionale che questa giurisprudenza chiama in causa è analizzata attraverso un particolare punto di vista, il rapporto tra norme primarie, intese come alcune disposizioni scritte dei Trattati, della Carta europea dei diritti fondamentali e alcuni principi generali non scritti, e norme secondarie, regolamenti e direttive. Nei primi anni duemila, la cittadinanza europea è cresciuta in via pretoria attraverso l'ampio ricorso alla diretta applicazione dei principi di rango primario, dando soluzione a fattispecie concrete che fuoriuscivano dai requisiti previsti dalla normazione derivata. Ne è risultata l'estensione di norme di protezione sociale a cittadini non economicamente attivi e una forte spinta all'integrazione economica, sociale e culturale. Nella più recente giurisprudenza, invece, la Corte di giustizia assegna centralità alla legislazione derivata, mentre l'utilizzo del parametro primario risulta recessivo. Quando sono in gioco prestazioni accessorie al rapporto di lavoro garantite da direttive, inoltre, la Corte di giustizia invita i giudici nazionali ad utilizzare nel modo più ampio possibile la tecnica dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, ma è molto cauta

nel ritenere applicabile una corrispondente norma primaria, sia essa contenuta nella Carta europea dei diritti o espressa in forma di principio generale non scritto. La tecnica dell'interpretazione conforme pare assumere così la funzione di protezione della legislazione europea derivata sprovvista di effetti diretti orizzontali, facendo da scudo alla domanda di diretta applicazione di norme primarie di principio formulata dai giudici comuni. Questi orientamenti giurisprudenziali paiono accomunati dalla centralità riconosciuta dalla Corte di giustizia alla legislazione derivata. Se ci si sposta dal rapporto tra fonti del diritto al rapporto tra poteri, ne risulta una forma di deferenza della Corte di giustizia verso gli Stati, o meglio i Governi nazionali, nella veste di legislatore europeo. Si assiste così ad una forma di rispetto per il compromesso politico espresso nella legislazione derivata, mentre la Corte si astiene dall'offrire tutele ulteriori rispetto a quelle espressamente previste. In un periodo di forte crisi dell'integrazione europea, la stessa giurisprudenza che aveva contribuito alla creazione di una dimensione sociale europea arretra. Il self restraint della Corte di giustizia può giustificarsi nella volontà del giudice di non forzare la mano, per non sostituirsi a scelte che si ritiene rimesse alle istituzioni politiche e non aggravare ancora di più le differenti visioni degli Stati sul futuro dell'integrazione europea.

EN

This article considers the recent ECJ's case law on the European citizenship and social benefits. The case law trends are here analysed through a constitutional point of view, which relies on the relationship between EU primary and secondary law. Concerning primary law, we took into consideration written norms of the Treaties on citizenship and the free movement of persons, some written norms of the EU Charter of fundamental rights, as well as some non-written general principles of EU law. At the beginning of 2000s, the case law on EU citizenship extended rights of non-active people beyond the conditions provided by secondary legislation. Indeed, undertaking judicial review of Member States acts, the Court embarked upon an implicit judicial review of EU legislation. Through an intrusive application of the principle of proportionality, the ECJ set aside the conditions imposed by the Community legislature, i.e. the requirements of sufficient resources and sickness insurance. This approach was criticized by some commentators, because

the Court would have rewritten rules laid down in secondary legislation, interpreting those rules against their wording. The recent case law shows a new trend. While national judges ask for the direct application of primary norms, as art. 20 TFEU, the Court strictly relies on secondary legislation requirements for the free movement rights. In the same way, dealing with directives concerning social benefits depending on national labour law, the Court refuses to directly apply the corresponding primary general principles of EU law, suggesting judges to give an interpretation of national law in conformity with the directives. In a constitutional dimension, those trends highlight the respect of the Court for the political consensus embodied into secondary legislation, i.e. the respect for the Governments acting as EU legislature. At the end, in the current period facing the crisis of European integration, it seems that the Court refuses to interfere with the discretionary choices made by EU legislature in complex economic and social policy field.

**UN CONFLITTO COSTITUZIONALE SILENTE:
CORTE DI GIUSTIZIA E DEFERENZA VERSO IL LEGISLATORE
EUROPEO NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA
SULLA CITTADINANZA E SUL RICONOSCIMENTO DI
PRESTAZIONI SOCIALI**

di *Alessia-Ottavia Cozzi*

SOMMARIO: *1. Oggetto dell'indagine: la dimensione costituzionale nel rapporto tra norme europee primarie e secondarie; 2. Il diritto di soggiorno dei padri e dei bambini: la sentenza Rendón Marín del 13 settembre 2016; 3. L'indennità di disoccupazione tra direttiva e principio generale di non discriminazione in base all'età: la sentenza Dansk Industri del 19 aprile 2016; 4. La crescita della cittadinanza europea attraverso il sindacato implicito sulla legislazione europea derivata; 5. Dopo Zambrano: il ripiegamento del diritto di soggiorno e del riconoscimento di prestazioni sociali sulla legislazione derivata; 6. (segue) il self restraint della Corte di giustizia: l'arretramento delle norme primarie a favore delle norme derivate; 7. L'interpretazione conforme come argine alla domanda di diretta applicazione delle norme primarie; 8. Conclusioni.*

1. Oggetto dell'indagine: la dimensione costituzionale nel rapporto tra norme europee primarie e secondarie

Il presente contributo ha ad oggetto conflitti silenti, non macroscopici e non manifesti. Gli ambiti materiali attraverso cui si guarderà ad essi attengono all'immigrazione e al divieto di discriminazione in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Si tratta di ambiti ampiamente arati dell'integrazione europea, che da molto tempo hanno suscitato l'attenzione della dottrina. In questi ambiti, può dirsi che si sia consumata una forma di conflitto silente ogniquale volta la Corte di giustizia ha imposto di prendere in considerazione i principi del diritto europeo in materie ancora riservate alla competenza statale¹. Queste

¹ L'attrazione al diritto europeo di fattispecie ancora riservate alla competenza statale è fenomeno ampiamente analizzato in dottrina. Per tutti, F. SORRENTINO, *La tutela multi-*

vicende hanno chiamato in causa una dimensione costituzionale da diversi punti di vista. Una chiave di lettura frequentemente utilizzata guarda alla erosione silente e progressiva delle competenze nazionali, dunque all'implicito spostamento del confine del principio di attribuzione². Chiavi di lettura sostanziali, invece, danno risalto a profili tra loro connessi: il superamento della funzionalizzazione economica dei diritti fondamentali, a favore della considerazione della persona in quanto tale³; l'emersione di un diverso concetto di cittadinanza, legato

livello dei diritti, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 1 del 2005, 79-97, spec. 88 ss. e S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3-104.

² In relazione ai diritti fondamentali, il principio di attribuzione ha trovato conferma nell'art. 51, paragrafo 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ai sensi del quale: «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». Lo stesso principio è espresso nell'art. 6, paragrafo 1, secondo capoverso, TUE nella versione risultante dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009 e per effetto del quale la Carta ha acquisito il medesimo valore giuridico dei Trattati. Stabilisce il capoverso che: «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati». Per una analisi attuale delle disposizioni di rango primario relative al principio di attribuzione e per la conferma della sua applicazione e tenuta nella giurisprudenza della Corte di giustizia, da ultimo B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. internaz.*, n. 1 del 2015 (98), 49-78.

³ Sulla originaria funzionalizzazione dei diritti fondamentali alle libertà economiche, per tutti P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss. Sull'universalizzazione di alcuni diritti fondamentali per effetto della giurisprudenza in materia di divieto di discriminazione e cittadinanza europea, specie nell'accesso a prestazioni sociali da parte di soggetti non attivi, si rinvia al dettagliato esame della giurisprudenza di A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union Européenne*, Bruxelles, 2007, spec. 68 ss., 82 ss., 157 ss. Ora, A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 52 ss., e la dottrina ivi citata, anche qui con ampi riferimenti alle sentenze della Corte di giustizia che hanno rappresentato i diversi *step* del percorso di integrazione attraverso la cittadinanza. La giurisprudenza europea dell'ultimo decennio ha così dimostrato di «voler prendere sul serio le potenzialità espansive insite nel filone sui diritti sociali». Cfr. anche L. POTVIN – SOLIS, *La liaison entre le principe de non discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2009 (80), 967 ss. e L. AGUIAR DE LUQUE, *La Carta europea de derechos y las constituciones nacionales*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 31 ss., 32. Se si vuole, anche A.O. Cozzi, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio - assistenziali*, in *Quad. cost.*, n. 3 del 2010, 551-569, spec. 558 ss.

non all'esercizio di diritti politici, ma all'integrazione economica, sociale e culturale⁴; la rottura dei confini della comunità statale e l'affermazione di una solidarietà tra popoli, e non tra Stati⁵. Ancora, ove alla cittadinanza europea o alla disciplina delle condizioni di occupazione e lavoro sia connessa la spettanza di provvidenze economiche, si è guardato alla tenuta di un modello sociale europeo, la cui esistenza è ritenuta inestricabilmente legata al destino politico dell'Unione europea⁶.

Nella vasta dottrina sul rapporto tra cittadinanza e libertà di circolazione, B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2005; E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in The European Union, Barriers to Movement in their constitutional context*, Alphen aan den Rijn, 2007, spec. 135 ss.

⁴ Sul fatto che il significato ultimo e più pregnante della cittadinanza europea risieda non nel riconoscimento di diritti politici, bensì nel perseguimento di un'integrazione economica e sociale attraverso la creazione di un legame stabile con il luogo di residenza, per tutti M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1995, 3. Sul rapporto tra cittadinanza, integrazione economica e comunità politica, ci si limita a S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 849 ss.; F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Pol. dir.*, 2000, 581 ss.; E. ROSSI, *Identità e valori del cittadino europeo*, in *Jus*, 2003, 369 ss.; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Diritto pubblico*, 2011, 425 ss. Sui modelli di cittadinanza nelle esperienze europee e nell'esperienza costituzionale italiana, lo studio monografico di D. PORENA, *Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia*, Torino, 2011.

⁵ Per tutti M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *Wish You Weren't Here... New Models of Social Solidarity in the European Union*, in *Social welfare and EU law*, Oxford, 2005, 181-218, che trattano la giurisprudenza europea in materia di cittadinanza, libertà di circolazione e prestazioni sociali in funzione del rapporto tra principio di solidarietà, definizione dei confini di una comunità e formazione di una identità collettiva verso cui si manifesta uno spirito di appartenenza. Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro del 28 febbraio 2008 in *Nerkowska*, in materia di risarcimento delle vittime di guerra, per cui «la missione della cittadinanza dell'Unione è costituire lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri al quale è attribuita una libertà fondamentale di circolare e di soggiornare in tutto lo spazio comunitario. Ne deriva che uno Stato membro non può più, in linea di principio, condizionare un obbligo di solidarietà ad un nesso d'integrazione dimostrato da una condizione di territorialità nazionale. La cittadinanza dell'Unione deve incitare gli Stati membri a non concepire più il legittimo criterio di collegamento dell'integrazione unicamente nello stretto ambito della comunità nazionale, ma anche in quello più ampio della società dei popoli dell'Unione» (§23, corsivo nostro). Al principio di solidarietà sono dedicati i contributi del fascicolo n. 1 del 2016 di *Costituzionalismo.it*, Parte I, *Tornare ai fondamenti: la solidarietà*.

⁶ D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurispru-*

Il presente contributo guarda alla dimensione costituzionale che questi conflitti latenti sottintendono adottando una lente particolare: il rapporto tra norme europee primarie e legislazione derivata. Per norme europee primarie intendiamo sia le norme scritte dei Trattati e della Carta europea dei diritti fondamentali, che ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, TUE ha la stessa forza giuridica dei Trattati, sia le norme primarie non scritte, quali i principi generali del diritto enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Tra le diverse interpretazioni del concetto di "costituzionalizzazione", autorevole dottrina ha rinvenuto le prime tracce della natura costituzionale dell'ordinamento comunitario, ora Unione europea, nel sistema delle fonti, e in particolare nei principi di effetto diretto e prevalenza delle norme europee, accanto alla tutela dei diritti fondamentali⁷. È questo il risultato ottenuto dalla Corte di Giustizia a partire dalla notissima sentenza *Van Gend en Loos* del 1963⁸. L'attribuzione di effetto diretto alle norme primarie dei Trattati precise e incondizionate fu funzionale a definire la peculiare natura dell'ordinamento comunitario non come un ordinamento internazionale nel senso classico, avente per soggetti i soli Stati contraenti, ma come un ordinamento avente come soggetti i cittadini.

La tesi che si intende sostenere nel presente contributo è che la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia nei settori analizzati riveli una sorta di fuga dalle norme primarie e una maggiore deferenza verso la legislazione europea secondaria, legislazione che, ove si tratti

denza. Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Trapani, 8-9 giugno 2012, a cura di E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE, Napoli, 2013, 67-98, spec. 70.

⁷ J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, n. 2 del 1991 (100), 403 ss., ora *La trasformazione dell'Europa*, in ID, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 1999, 33 ss., spec. 46-76, e anche K. LENAERTS, *The Structure of the Union According to the Draft Constitution for Europe*, in J. W. DE ZWAAN, J. H. JANS, F. A. NELISSEN, *The European Union. An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum A. E. Kellermann*, The Hague, 2004, 3-4.

⁸ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, relativa al divieto di introdurre nuovi dazi doganali. La Corte stabilì che l'art. 12 CEE era dotato di effetto diretto in quanto conteneva un divieto chiaro e incondizionato; perciò, «conformemente allo spirito, allo schema generale e alla lettera del Trattato, l'art. 12 deve essere interpretato nel senso di produrre effetti diretti e creare diritti individuali che i tribunali nazionali devono proteggere». L'effetto diretto dunque, alle origini, era la capacità di una disposizione di conferire diritti ai soggetti privati che essi potessero azionare avanti ad un giudice nazionale. Sui molteplici significati del concetto di effetto diretto, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Text, cases and materials*, V^a ed., Oxford, 2011, 180 ss.

di direttive, è solo limitatamente azionabile in giudizio dai cittadini. Fino a dove è possibile, la Corte di Giustizia si attiene all'applicazione della legislazione derivata, mentre il ricorso alle norme primarie è divenuto residuale.

Solo in apparenza la lente che si intende utilizzare, ossia il rapporto tra norme europee primarie e secondarie, è tutta interna al diritto dell'Unione. Una chiave di lettura tradizionale ha sempre misurato l'attivismo della Corte di giustizia nei confronti degli Stati guardando all'intensità del sindacato sulla legislazione nazionale e lamentando l'utilizzo, da parte del giudice europeo, di un doppio standard, più severo verso le misure statali e più leggero verso gli atti dell'Unione⁹⁻¹⁰. È stato osservato, però, che in materia di cittadinanza europea la Corte di giustizia ha effettuato un controllo, benché indiretto, non solo sulla

⁹ Si pensi al noto dibattito apparso sulla *Common Market Law Review* all'inizio degli anni novanta, tra J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, 669 ss., e J.H.H. WEILER, N.J.S. LOCKHART, "Taking Rights Seriously" Seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence, Part I, in *Common Market Law Review*, 1995, 51-94 e Part II, ivi, 579-627. Coppel e O'Neill interpretavano l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali dall'iniziale controllo sugli atti comunitari al controllo su atti nazionali come il passaggio da una cosiddetta «defensive jurisdiction» a una «offensive jurisdiction». Gli AA. contestavano alla Corte di giustizia di aver surrettiziamente esteso la giurisdizione comunitaria ad ambiti riservati alle Corti nazionali; di utilizzare strumentalmente il parametro costituito dai diritti fondamentali per far prevalere gli obiettivi di carattere economico della Comunità; di applicare un doppio standard di tutela, meno rigoroso per gli atti comunitari e più pervasivo per gli atti nazionali. Sul filo di una stringente analisi di sentenze, Weiler e Lockhart, per ciò che qui rileva, mettevano in dubbio innanzitutto il presupposto implicito degli argomenti di Coppel o O'Neill, ossia una visione oppositiva del rapporto tra Comunità e Stati membri; invece, sostenevano Weiler e Lockhart, in una visione integrata la Comunità è gli Stati, sia in sede di adozione degli atti comunitari in Consiglio, sia in sede di implementazione di quei medesimi atti nel proprio ordinamento interno. L'analisi di Coppel e O'Neill sarebbe così stata animata più dall'esigenza di difendere le prerogative degli Stati, dunque la loro sovranità, piuttosto che i diritti individuali, intesi come rivendicazione del rispetto della legalità da parte della pubblica autorità, qualunque essa sia.

¹⁰ Il concetto di *judicial activism* ha diversi significati ed è stato più volte applicato alla Corte di giustizia non solo per la sua giurisprudenza nei confronti di misure nazionali. Una delle prime e più intense critiche resta H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, su cui J.H.H. WEILER, *The Court of Justice on Trial*, in *Common Market Law Review*, n. 3 del 1987 (24), 555-589; ci si limita inoltre a M. CAPPELLETTI, *Is the European Court of Justice "Running Wild"?*, *European Law Review*, 1987 (12), 3 ss.; T. TRIDIMAS, *The Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, 1996 (21), 199 ss., e ora i contributi in M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham-Northampton, 2013.

legislazione nazionale, ma anche sulla legislazione europea derivata, prediligendo l'applicazione delle norme primarie dei Trattati rispetto alle norme secondarie, regolamenti e direttive¹¹. Nel corso degli ultimi anni l'utilizzo del parametro primario si è, invece, ridotto e la Corte ha ridato centralità alla legislazione europea derivata. Se ci si sposta dal sistema delle fonti al rapporto tra poteri, ne risulta una rinnovata attenzione agli Stati non come legislatori nazionali, ma piuttosto come legislatore europeo, o meglio ai Governi che compartecipano alla funzione di legislatori sedendo in Consiglio¹². La dimensione costituzionale sollecitata dalla centralità del parametro secondario in luogo del parametro primario chiama in causa, così, la percezione che la Corte di giustizia ha degli Stati nella veste di legislatori europei e del loro ruolo nel processo di integrazione europea.

Le considerazioni proposte traggono spunto da due recenti sentenze della Corte di giustizia, i casi *Rendón Marín* e *Dansk Industri* del 2016. Di essi si darà una breve descrizione, tentando di seguito di inquadrarli nel contesto dei rispettivi filoni giurisprudenziali e di trarne alcune considerazioni generali.

2. Il diritto di soggiorno dei padri e dei bambini: la sentenza *Rendón Marín* del 13 settembre 2016

La sentenza *Rendón Marín* del 13 settembre 2016 della Corte di giustizia, Grande Sezione, appartiene al filone giurisprudenziale relativo al diritto di soggiorno di cittadini di Paesi terzi. Il diritto di soggiorno evoca la dimensione sociale dell'integrazione in quanto costituisce il presupposto per il godimento di diritti in materia di occupa-

¹¹ È questa la declinazione della dimensione costituzionale utilizzata da M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension of the case law on Union Citizenship*, in *European Law Review*, 2006 (31), 613-641.

¹² I meccanismi istituzionali dell'ordinamento europeo hanno storicamente consentito ai Governi di potenziarsi nei confronti dei rispettivi Parlamenti e contemporaneamente di scaricare sull'ordinamento europeo la responsabilità di decisioni impopolari. Da ultimo, in rapporto agli anni della crisi, A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, 10, 44, e la bibliografia ivi citata; l'A. richiama il fenomeno sia in rapporto alle misure europee anticrisi, sia in rapporto al funzionamento delle previsioni del Trattato di Lisbona volte ad innescare una parlamentarizzazione dell'Unione e un sistema di partiti strutturato a livello europeo, tra cui l'elezione semidiretta del Presidente della Commissione.

zione e prestazioni assistenziali. La sentenza costituisce un ulteriore stadio di evoluzione di noti precedenti relativi a stranieri genitori di bambini cittadini europei, i casi *Chen* del 2004 e *Zambrano* del 2011¹³. I genitori sarebbero assoggettati alle norme nazionali in materia di immigrazione, ma chiedono di poter restare dove risiedono in forza dei diritti che l'Unione europea conferisce ai loro bambini.

In *Chen*, una famiglia cinese decideva di far nascere la propria figlia in Irlanda per avvalersi della regola dello *ius soli* e far acquistare alla bambina la cittadinanza europea, accessoria e conseguente a quella nazionale. Dopo la nascita la bambina, cittadina irlandese, e la madre cinese si trasferivano nel Regno Unito, invocando le norme comunitarie per godere di un titolo di soggiorno¹⁴⁻¹⁵. La domanda pregiudici-

¹³ Le sentenze che seguono nel testo attengono alla libertà di circolazione e soggiorno del cittadino europeo. Tale libertà trova oggi garanzia anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 45, secondo cui: «1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. 2. La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro». Prima dell'entrata in vigore della Carta, l'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue Conclusioni del 5 luglio 2001, *Baumbast*, in Racc. 2001, I-7091, §110, riteneva che l'art. 45 della Carta avesse efficacia ricognitiva del medesimo diritto riconosciuto nei Trattati. L'art. 52, paragrafo 2, Carta, d'altra parte, dispone che «I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti». Nella giurisprudenza che si analizzerà nei prossimi paragrafi si vedrà che il parametro invocato per la libera circolazione non è l'art. 45 Carta, ma sempre gli articoli (ex) 18 TCE e ora 21 TFUE.

¹⁴ Corte di giustizia, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, 19 ottobre 2004, C-200/02, in Racc. 2004, I-9925. Il dispositivo della sentenza recita: «... in circostanze come quelle del caso di specie, l'art. 18 CE e la direttiva n. 90/364 conferiscono al cittadino comunitario minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato. In un caso siffatto, le stesse condizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante».

La sentenza ha suscitato ampia attenzione non solo quale ulteriore caso di applicazione diretta della cittadinanza europea, ma per il pericolo di un potenziale abuso del diritto; si vedano i commenti di E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 2 del 2006, 347-368; G. PERIN, *In margine alla sentenza Chen: il diritto di circolazione dei familiari di cittadini comunitari*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 89-97; J-Y. CARLIER, commento alla sentenza, in *Common Market Law Review*, 2005, 1121-1131; B. HOFSTOTTER, *A cascade of rights, or who shall care for the little Catherine? Some reflections on the Chen case*, in *European Law Review*, 2005, 548-558; B. KUNOY, *A Union of*

ziale verteva sull'interpretazione della normativa secondaria (direttive 73/148/CEE e 90/364/CEE), ma la Corte di giustizia, non ritenendo la legislazione secondaria applicabile, giunse ad offrire protezione alle ricorrenti direttamente sulla base dei principi tratti dalle norme primarie, e in particolare del diritto alla libera circolazione garantito dall'allora art. 18 TCE.

Il caso *Zambrano*, dell'8 marzo 2011, ha rappresentato forse il punto di massima espansione e pervasività della cittadinanza dell'Unione¹⁶. Zambrano era un cittadino colombiano residente in Belgio con moglie e figlio, cui era stata rigettata la domanda di asilo politico, e contestualmente sospeso l'ordine di rimpatrio per la situazione di guerra civile in Colombia. Assunto a tempo indeterminato, lavorava ininterrottamente per cinque anni, pagando regolarmente le tasse e versando i contributi. Nascevano dal suo matrimonio altri due figli che acquistavano la cittadinanza belga. In seguito ad un'ispezione sul posto di lavoro, il signor Zambrano veniva licenziato, in quanto irregolare. Il sig. Zambrano era protagonista di una complessa vicenda giudiziaria costellata, per un verso, dai ricorsi avverso il diniego di regolarizzazione del soggiorno, che egli periodicamente proponeva invocando la qualità di ascendente di cittadini dell'Unione; per altro verso, per il mancato riconoscimento dell'indennità di disoccupazione spettante per perdita del lavoro e per l'ottenimento di un regolare permesso di lavoro, che gli veniva negato in quanto illegalmente presente sul territorio belga¹⁷. La Corte rispose con una sentenza che ruo-

national citizens: the origins of the Court's lack of avant-gardisme in the Chen case, in *Common Market Law Review*, 2006, 179-190.

¹⁵ Per diritti riconosciuti direttamente ai minori e connessi allo *status* di cittadino dell'Unione, si vedano anche i casi relativi al diritto al cognome: Corte di giustizia, *Garcia Avello*, 2 ottobre 2003, C-148/02, in Racc. 2003, I-11613 e Corte di giustizia, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, 14 ottobre 2008, C-353/06, in Racc. 2008 I-07639. Il caso *Chen* differisce da *Garcia Avello* perché mentre in quest'ultimo sarebbe stato possibile riconoscere un diritto ai figli anche in via derivata, in forza della libera circolazione del padre spagnolo in Belgio, in *Chen* soltanto la bambina è cittadina dell'Unione, cosicché la Corte si trovò di fronte all'alternativa secca di riconoscerle o meno in via diretta il diritto comunitario di soggiorno.

¹⁶ Corte di giustizia (Grande Sezione), *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 8 marzo 2011, C-34/09, in Racc. 2011, I-1177.

¹⁷ Corte di giustizia, *Zambrano*, cit. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto le sole norme primarie, all'epoca (ex) art 12 TCE, sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità, (ex) art. 17 TCE sulla cittadinanza europea e (ex) art. 18 TCE sul diritto di cir-

tava tutta e solo intorno all'art. (ex) 17 TCE, nel frattempo divenuto art. 20 TFUE, dunque sulla sola cittadinanza dell'Unione. La Corte giunse alla conclusione che il sig. Zambrano derivava direttamente dall'attuale art. 20 TFUE sulla cittadinanza europea il diritto di soggiorno in Belgio e il diritto ad un permesso di lavoro¹⁸.

Nella più recente sentenza *Rendón Marín* del 2016, un signore lombiano residente in Spagna, padre di due bambini, l'uno con cittadinanza spagnola e l'altra con cittadinanza polacca, si vede negare un permesso soggiorno temporaneo a causa di precedenti penali. La legislazione spagnola, infatti, poneva come condizione ostativa generale al rilascio del permesso di soggiorno l'aver subito condanne penali. Il principio di diritto affermato dalla Grande Sezione giunge alla medesima conclusione già affermata nei precedenti *Chen* e *Zambrano*: il

colazione e soggiorno, nonché gli art. 21, art. 24 e art. 34 Carta europea dei diritti fondamentali, rispettivamente sul divieto di discriminazione, sui diritti del minore e sul diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza e assistenza sociale. Per vero, la Corte richiamò l'art. 3, n. 1, direttiva 2004/38/CE, ma per constatare che i bambini, e di conseguenza il genitore, non rivestivano la qualità di «avente diritto» ai sensi dell'art. 3 citato, che subordinava il godimento dei diritti garantiti dalla direttiva ad uno spostamento da uno Stato all'altro che nella specie non era avvenuto. Il richiamo alla legislazione derivata serviva, perciò, ad affermare espressamente che la disciplina secondaria non trovava applicazione (§39).

¹⁸ Per chiarezza, l'art. 20 TFUE (ex art. 17 TCE) prevede: 1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. 2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi.

Il dispositivo della sentenza *Zambrano* recita: «L'art. 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione».

genitore straniero ha diritto di soggiornare nello Stato membro perché il suo allontanamento pregiudicherebbe l'effetto utile della cittadinanza europea dei bambini, costringendo i figli a seguirlo fuori dal territorio dell'Unione¹⁹. Il risultato utile per i ricorrenti delle tre pronunce è il medesimo. I genitori hanno diritto di restare per accudire i bambini. Ciò che muta, però, è il *modo* cui si perviene a questo risultato. Muta, in particolare, il peso assegnato nell'iter motivazionale alla legislazione derivata.

Nel caso *Rendón Marín*, la questione pregiudiziale aveva ad oggetto la sola interpretazione dell'art. 20 TFUE, sulla cittadinanza europea. La Corte di giustizia, tuttavia, ha riformulato d'ufficio la questione, integrandola con il parametro costituito dall'art. 21 TFUE, sul diritto di libera circolazione e soggiorno, e dalla direttiva 2004/38/CE, attuale normativa unitaria di riferimento sulla circolazione e il soggiorno di cittadini dell'Unione e dei loro familiari. È la Corte di giustizia, pertanto, ad innestare nell'iter motivazionale la normativa secondaria. La motivazione della sentenza risulta così divisa in due binari, l'uno relativo all'art. 21 TFUE e alla direttiva, l'altro all'art. 20 TFUE.

Il primo binario, fondato sull'art. 21 TFUE e sulla direttiva, consente di ancorare la posizione del sig. Rendón Marín a quella della figlia, nata e residente in Spagna, ma cittadina polacca²⁰. La bambina può invocare l'art. 21 TFUE sul diritto alla libera circolazione e soggiorno e il padre ne trae un diritto derivato²¹.

¹⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), 13 settembre 2016, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, C-165/14.

²⁰ Già prima dell'introduzione della cittadinanza europea, per giurisprudenza consolidata il fatto di risiedere in uno Stato membro diverso da quello di cui si era cittadini era elemento sufficiente a determinare l'applicazione del diritto comunitario, anche in casi in cui il cittadino non avesse esercitato la libera circolazione e fosse vissuto sin dalla nascita nello Stato membro ospitante. Si vedano C-36/75, *Rutili*, 28 ottobre 1975, in Racc. 1975, 1219, sulle limitazioni alla libera circolazione nel territorio francese di un lavoratore italiano nato e vissuto in Francia; C-235/87, 27 settembre 1988, *Matteucci*, in Racc. 1988, 5589, a proposito del diritto di una cittadina italiana nata e vissuta in Belgio, dove lavora, ad ottenere una borsa di perfezionamento. La differenza tra queste più antiche fattispecie e i casi *Chen* o *Rendón Marín*, e già in precedenza Corte di giustizia, *Garcia Avello* del 2003 sul diritto al cognome, è che questi ultimi attengono a bambini, dunque soggetti per definizione non economicamente attivi.

²¹ In *Chen*, la Corte aveva già affermato che i limiti alla libertà di circolazione e soggiorno indicati dall'(ex) art. 18 TCE devono essere interpretati restrittivamente; una interpretazione, perciò, che inducesse a richiedere il possesso *personale* di risorse economiche

Nella seconda parte della motivazione, la Corte analizza la fattispecie sulla scorta dell'art. 20 TFUE, sul diritto alla cittadinanza europea, rispondendo così al quesito come formulato dal giudice rimettente. Nel caso in cui il giudice rimettente accerti che la bambina non dispone di risorse economiche e di una assicurazione malattia fornite dal padre, come richiesto dalla direttiva, il padre può in ogni caso ricavare un diritto di soggiorno dall'art. 20 TFUE. Questo secondo binario dell'iter motivazionale riprende i principi di *Zambrano*, che vengono tuttavia ricondotti ad una ipotesi residuale, cui fare ricorso solo per «situazioni molto particolari»²². La particolarità consiste nel fatto che

sufficienti – requisito non espressamente previsto dalla direttiva e di difficile realizzazione in capo a un bambino – sarebbe sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. In punto di fatto, i bambini del sig. Rendón Marín sono «adeguatamente accuditi e scolarizzati» e il genitore ha un'assicurazione malattia che copre anche i bambini. Spetta però al giudice rimettente verificare se la figlia dispone di per sé o grazie al padre di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia (Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit. §49, §§51-52). Quanto al sig. Rendón Marín, egli non è «ascendente a carico» ai sensi della direttiva, poiché è anzi lui a mantenere i bambini. Anche qui, tuttavia, la Corte riprende i principi affermati in *Chen* per cui il rifiuto di consentire al genitore, che ne abbia la effettiva custodia, di soggiornare con il figlio cittadino dell'Unione, «priverebbe di ogni efficacia il diritto di soggiorno di quest'ultimo, dal momento che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un figlio minorenne implica necessariamente che tale minore abbia la facoltà di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che detta persona possa risiedere».

Non è compatibile, infine, con il diritto dell'Unione la disciplina spagnola che nega in via generalizzata il permesso di soggiorno in caso di precedenti penali, poiché l'allontanamento del cittadino dell'Unione e dei suoi familiari richiede l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società, da valutarsi caso per caso sulla base di un accertamento in concreto nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno. Vi è qui un ampio richiamo a consolidata giurisprudenza secondo cui l'espulsione del cittadino comunitario per motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica deve fondarsi sulla valutazione personale della condotta dell'interessato. I principi ribaditi in decenni di giurisprudenza sono ora codificati negli artt. 27 e 28, direttiva 2004/38/CE, cui è agevole alla Corte dare applicazione. L'art. 28, par. 1, direttiva, in particolare, condiziona l'allontanamento alla valutazione della durata del soggiorno dell'interessato nel territorio dello Stato ospitante, dell'età, dello stato di salute, della situazione economica e familiare, del grado di integrazione sociale e culturale e dell'importanza dei legami con il Paese di origine; infine, il grado di gravità dell'infrazione. Rilevano, inoltre, il rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'interesse superiore del minore, protetto dall'art. 24, paragrafo 2, Carta.

²² Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit., §74: «esistono situazioni molto particolari in cui, malgrado la circostanza che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di Stati terzi non sia applicabile e che il cittadino dell'Unione interessato non si sia

sono situazioni disciplinate da «normative che rientrano a priori nella competenza degli Stati membri»²³. Sarebbe, dunque, in principio il diritto spagnolo a dover definire le condizioni per la permanenza del sig. Rendón Marín. Nondimeno, la Corte riconosce «un rapporto intrinseco» tra la fattispecie e la libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione, che ne risulterebbe pregiudicata. Se il padre fosse espulso dalla Spagna, i bambini sarebbero costretti a seguirlo, lasciando il territorio dell'Unione nel suo insieme. Scatta, perciò, il criterio enunciato in *Zambrano*, relativo alla potenziale lesione del nucleo essenziale dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione²⁴. Il ragionamento condotto sulla base della sola cittadinanza dell'Unione è, però, residuale e riservato a ipotesi straordinarie. Fino a dove è possibile, la fattispecie è invece qualificata sulla base della legislazione derivata. Nella misura in cui è consentito, è la legislazione derivata a costituire l'aggancio che conduce a riconoscere i diritti garantiti dall'Unione. Solo in seconda battuta, scatta il ricorso diretto alla norma primaria relativa alla cittadinanza europea.

3. L'indennità di disoccupazione tra direttiva e principio generale di non discriminazione in base all'età: la sentenza *Dansk Industri* del 19 aprile 2016

La sentenza della Grande Sezione *Dansk Industri* del 19 aprile 2016 costituisce un nuovo caso *Mangold* o *Kükükdveci*²⁵. Si inserisce, dunque, nel filone giurisprudenziale relativo alla mancanza di effetti

avvalso della sua libertà di circolazione, un diritto di soggiorno dev'essere nondimeno attribuito a un cittadino di uno Stato terzo, familiare del suddetto cittadino, a pena di pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione, se, in conseguenza di siffatto diritto, tale cittadino venisse di fatto costretto a lasciare il territorio dell'Unione nel suo insieme, venendo quindi privato del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti da tale status».

²³ Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit., §75.

²⁴ Corte di giustizia, *Rendón Marín*, cit., §79. La Corte respinge sul punto un'obiezione sollevata da alcuni governi resistenti, per cui la famiglia avrebbe potuto trasferirsi in Polonia. Il padre cui sono affidati in via esclusiva i bambini, rileva la Corte, non ha alcun legame con la famiglia polacca della moglie e né lui, né i suoi figli conoscono il polacco. La valutazione ultima, però, è lasciata al giudice del rinvio.

²⁵ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Dansk Industri (DI) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, 19 aprile 2016, C-441/14.

diretti orizzontali delle direttive²⁶. Volendo semplificare, la Corte suprema danese resisteva all'applicazione di una precedente sentenza della Corte di giustizia che aveva dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione una legge interna chiara su cui si era formata una giurisprudenza nazionale consolidata²⁷. Il caso atteneva alla spettanza di un'indennità di disoccupazione, che la legge danese non riconosce ai lavoratori licenziati che abbiano raggiunto l'età pensionabile e abbiano aderito ad un regime pensionistico prima dei cinquant'anni d'età. La disciplina è sospettata di violare la direttiva 2000/78/CE, che istituisce un quadro generale sulla lotta alle discriminazioni

²⁶ Sulla capacità di produrre effetti diretti delle norme precise e incondizionate di direttive nelle controversie tra privati e pubblica amministrazione in caso di errata trasposizione, si veda per esempio Corte di giustizia, *Beutenmüller c. Land Baden-Württemberg*, 29 aprile 2004, C-102/02, in Racc. 2004, I-5405, con note di S. BASTIANON, *Insegnanti e riconoscimento dei diplomi: il caso Beutenmüller*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004, 589-597, e di F. D'ORIANO, *Il sistema generale di riconoscimento dei diplomi rappresenta un sistema non ancora correttamente attuato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 1431-1435. In queste fattispecie, la norma della direttiva ha diretta applicazione in luogo della legislazione nazionale in contrasto. Il meccanismo, tuttavia, non opera nelle controversie orizzontali tra privati, in cui parte convenuta non è lo Stato o una sua derivazione. Più in linea generale, le direttive hanno effetto diretto verticale; orizzontale in senso indiretto, come obbligo di interpretazione conforme; orizzontale in senso incidentale, come impedimento all'applicazione di una normativa nazionale difforme, con impatto escludente o impatto sostitutivo. L'effetto sostitutivo comporta che il giudice sia indotto a sostituire la norma di diritto nazionale che egli avrebbe applicato, ma in contrasto con la direttiva, con un'altra norma di diritto nazionale, per cui la direttiva conduce in sostanza all'individuazione della norma nazionale applicabile. Per una compiuta descrizione di queste categorie, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Text, cases and materials*, 5th ed., Oxford, 2011, 180 ss. Trattando delle direttive, si distingue anche in dottrina tra *invocabilité en justice* e *effect direct*, ove *effect direct* è la capacità di produrre la regola per la soluzione del caso di specie: le direttive non producono la regola per il caso di specie nelle controversie orizzontali, ma ciò non significa che siano prive di *invocabilité en justice*. Sono invocabili in giudizio proprio perché danno origine ad un obbligo del giudice nazionale di interpretazione conforme e, ove possibile, di sostituzione della norma nazionale applicabile; se non correttamente trasposte, inoltre, costituiscono la fonte di un'azione di risarcimento dei danni verso lo Stato; per l'utilizzo di queste categorie, si veda per esempio O. DE SCHUTTER, *La garantie des droits et principes sociaux*, in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, 117 ss.

²⁷ Il precedente era Corte di giustizia, 26 febbraio 2005, *Ingeniorforeningen i Danmark*, C-499/08, §49, in cui la Corte aveva affermato che gli artt. 2 e 6, par. 1, della direttiva 2000/78 ostavano a una normativa nazionale in forza della quale i lavoratori aventi titolo a una pensione di vecchiaia nell'ambito di un regime previdenziale al quale avessero aderito prima del compimento del cinquantesimo anno di età non potevano beneficiare di un'indennità speciale di licenziamento destinata a favorire il reinserimento professionale dei lavoratori aventi un'anzianità di servizio superiore ai dodici anni nell'impresa.

nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro. Poiché, però, la direttiva non produce effetti diretti in una controversia orizzontale tra datore di lavoro e lavoratore, il giudice rimettente chiedeva se potesse trovare applicazione non la direttiva, ma il principio generale che vieta le discriminazioni in base all'età.

La Corte di giustizia chiarisce che la direttiva costituisce una «concretizzazione», dunque una specificazione delle condizioni e dell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione in base all'età, che tuttavia trova il suo fondamento – è «sancito», secondo le parole della Corte di giustizia – altrove, tra i principi generali del diritto²⁸. Sul punto niente di nuovo. Vi è conferma di quanto già affermato nei precedenti *Mangold* e *Kükükdveci*. Il profilo interessante, invece, è che la sentenza costituisce una sorta di *summa*, un vademecum delle operazioni interpretative cui è tenuto il giudice nazionale per rendere conforme il diritto nazionale al diritto dell'Unione. La sintesi è che lo strumento privilegiato per assicurare la conformità del diritto interno al diritto dell'Unione è l'interpretazione conforme, mentre la disapplicazione costituisce l'*extrema ratio*.

L'interpretazione conforme costituisce una tecnica interpretativa risalente sempre più utilizzata dalla Corte di giustizia²⁹. La dottrina ha rinvenuto la *ratio* dell'obbligo di interpretazione conforme nell'esigenza di trovare un rimedio giudiziale all'inadempimento degli Stati nell'attuazione di un diritto europeo privo di effetti diretti o comunque inidoneo ad incidere sui rapporti orizzontali. L'esempio è proprio l'effetto orizzontale indiretto delle direttive³⁰. In *Dansk Indu-*

²⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Dansk Industri*, cit., §§22-23.

²⁹ Per tutti, T. TRIDIMAS, *The General Principles of the European Union*, II^d ed., Oxford, 2006, 29-35; l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto comunitario è fatto risalire a Corte di giustizia, *Van Colson*, 10 aprile 1984, C-14/83. La tecnica è divenuta frequente ed estremamente pervasiva, sino al punto di spingere i giudici nazionali a tradire il tenore letterale della legislazione nazionale per assicurare una uniforme applicazione del diritto europeo; per un esame della giurisprudenza, da cui emerge la difficoltà di comprendere l'esatta portata del limite dell'interpretazione *contra legem*, cfr. p. 30.

³⁰ M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2009, 48 ss. Per un ampio e accurato esame della giurisprudenza della Corte di giustizia, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012. Nell'ordinamento italiano, sull'origine dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione nella giurisprudenza della Corte costituzionale, e sulle differenti finalità rispetto alla analoga tecnica utilizzata dalla Corte di giustizia, E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al diritto*

stri, la Corte di giustizia ribadisce il *leitmotiv* per cui i giudici nazionali «devono assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle disposizioni del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia». Riprende altresì quanto affermato sin dalla sentenza *Faccini Dori* del 1994, per cui l'obbligo degli Stati di conseguire il risultato previsto dalle direttive si impone a tutte le autorità nazionali, comprese quelle giurisdizionali. I giudici sono, perciò, tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di diritto interno ed applicare i criteri ermeneutici propri di quel diritto al fine di interpretarlo «per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva». Soltanto quando ciò non sia possibile opera il rimedio della disapplicazione e ciò, come in *Mangold e Küçükdeveci*, non per effetto della direttiva, ma per effetto del principio generale di non discriminazione in base all'età di rango primario. Ove non esista una norma primaria dotata di effetto diretto, come il principio di non discriminazione, residua al soggetto privato il rimedio del risarcimento del danno a carico dello Stato per inesatta trasposizione del diritto dell'Unione.

La particolarità del caso *Dansk industri* consiste in due elementi. Per un verso, il giudice nazionale lamentava di non poter disapplicare una legge interna scritta in maniera chiara e assistita da una giurisprudenza nazionale consolidata, per fare applicazione di un principio non scritto, il principio generale del divieto di discriminazione in base all'età. Vengono in gioco, a ben vedere, i limiti dell'interpretazione conforme. Giurisprudenza costante della Corte di giustizia li individua nella cosiddetta interpretazione *contra legem*. Nel caso di specie si trattava di comprendere se il limite potesse essere costituito dalla sola lettera del testo normativo o anche dall'interpretazione consolidata che a quella lettera era stata data a livello nazionale. L'Avvocato Generale aveva preso chiaramente posizione a favore del fatto che solo il dato testuale costituisce un limite all'attività di interpretazione del giudice, poiché solo forzando la lettera del testo normativo il giudice si sostituirebbe al legislatore. Un'interpretazione del diritto nazionale consolidata non potrebbe, perciò, costituire un freno alla possibilità di inter-

to dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Napoli, 2015, 91-108.

pretazione conforme del diritto nazionale, ove questa sia consentita da una diversa lettura delle disposizioni scritte. La Corte aderisce a questo orientamento, pur senza interrogare il rapporto tra giudice e legislatore, nel momento in cui afferma che l'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo di modificare una giurisprudenza consolidata, se essa comporta una interpretazione del diritto nazionale in conflitto con una direttiva.

Il secondo elemento di interesse attiene al fatto che il giudice nazionale aveva prospettato la disapplicazione di una norma nazionale costantemente interpretata in un certo significato come una lesione dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, tutelati anche dal diritto dell'Unione nella forma di principi generali del diritto. Si era chiesto, perciò, se e in che misura fosse possibile porre in bilanciamento il principio di non discriminazione in base all'età con questi ulteriori principi, allo scopo di farli prevalere ed evitare così di gravare il datore di lavoro del pagamento di un'indennità che egli non aveva corrisposto sulla base di un diritto nazionale uniformemente interpretato dalla giurisprudenza nazionale. La prospettazione offerta dal giudice nazionale in termini di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento della parte datoriale privata è respinta dalla Corte di giustizia come un inammissibile tentativo di sottrarsi all'obbligo discendente dalle sue sentenze, vincolanti per tutti i soggetti del diritto anche nella loro portata interpretativa. Un tale risultato maschererebbe in realtà, secondo la Corte, un limite all'efficacia delle sentenze, che solo alla Corte stessa spetta in casi eccezionali definire e che, nella specie, non era stata neppure ipotizzata. Di fondo, d'altra parte, la mancata applicazione del principio di diritto sancito dalla Corte di giustizia avrebbe comportato una illegittima compressione dei diritti della parte privata, che proprio sull'interpretazione della Corte ha fondato la propria pretesa³¹.

4. La crescita della cittadinanza europea attraverso il sindacato implicito sulla legislazione europea derivata

Riprendiamo la chiave di lettura che si è adottata nelle premesse del presente contributo, ossia il rapporto tra diritto europeo primario e

³¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Dansk Industri*, cit., §§39-41.

secondario. Per comprendere la portata della prima sentenza analizzata, *Rendón Marín*, occorre guardare al contesto in cui si inserisce. Come noto, con l'introduzione della cittadinanza europea nel Trattato di Maastricht si è assistito ad un' incisiva spinta all'ampliamento delle tutele europee dalla sola categoria dei lavoratori attivi dotati di un reddito, a categorie di soggetti non abbienti, quali studenti universitari, madri senza mezzi, lavoratori che avevano perso il lavoro. Già le direttive degli anni novanta avevano esteso il diritto di circolare e soggiornare a studenti universitari e soggetti che non esercitavano un'attività economica, ma tale diritto era subordinato alla condizione di autosufficienza economica e al possesso di un'assicurazione malattia, dunque alla condizione di non divenire un onere per l'assistenza sociale dello Stato ospitante. Con l'avvento della cittadinanza, il punto qualificante della giurisprudenza della Corte di Giustizia fu proprio il sostanziale aggiramento del requisito di autosufficienza economica cui le direttive degli anni '90 subordinavano il diritto di circolazione e soggiorno dei soggetti inattivi³²⁻³³. Utilizzando la chiave di lettura del-

³² Per esempio le note sentenze della Corte di giustizia, *Martínez Sala*, 12 maggio 1998, C-85/96, in Racc. 1998, I-2691; *Grzelczyk*, 20 settembre 2001, C-184/99, in Racc. 2001, I-6193; *Trojani*, 19 febbraio 2004, C-456/02, in Racc. 2004, I-7573. Nella sentenza *Grzelczyk*, cit., §31, la Corte ha affermato che: «Lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla cittadinanza, il medesimo trattamento giuridico». Questa affermazione è stata comunemente intesa come una pietra miliare della giurisprudenza della Corte di giustizia ed è stata paragonata all'affermazione della storica sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, secondo cui la Comunità era un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo internazionale, a favore del quale gli Stati avevano rinunciato ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i loro cittadini (così l'Avvocato Generale Sharpston, nelle sue Conclusioni del 30 settembre 2010 nella causa *Zambrano*, §§67,68). Lo status fondamentale conferito dalla cittadinanza dell'Unione è ribadito, senza alcuna pretesa di completezza, nei casi *Baumbast e R*, 17 settembre 2002, C-413/99, in Racc. I-7091, §82, e *Garcia Avello*, 2 ottobre 2003, C-148/02, in Racc. 2003, I-11613, §22; in *Schempp*, 12 luglio 2005, C-403/03, in Racc. 2005, I-6421, §15; *Gottwald*, 1 ottobre 2009, C-103/08, in Racc. 2009 I-9117, §23; *Rottmann*, 2 marzo 2010, C-135/08, in Racc. 2010, I-1449, §39; *Zambrano*, 8 marzo 2011, C-34/09, in Racc. 2011, I-1177, §41; *McCarthy*, 5 maggio 2011, C-434/09, in Racc. 2011, I-3375, §47. Si vedano anche Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák del 10 luglio 2008 in *Förster*, §§53ss.; Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 28 febbraio 2008 in *Wood*, §32, con rinvio anche a Corte di giustizia, *Commissione c. Germania*, 11 settembre 2007, C-318/05, in Racc. 2007, I-6957, §125; *Collins*, 23 marzo 2004, C-138/02, in Racc. I-2703, §61; *D'Hoop*, 11 luglio 2002, C-224/98, in Racc. I-6191, §28. L'affermazione è stata codificata nei Considerando della direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circola-

la erosione delle competenze statali, è acquisito che questa giurisprudenza abbia determinato un chiaro indebolimento del principio di attribuzione, attraendo alla sfera del diritto dell'Unione settori materiali ancora riservati agli Stati membri, come la disciplina dei sistemi scolastici e della formazione professionale o l'organizzazione dei sistemi assistenziali. Sotto il profilo delle tutele sostanziali, la dimensione sociale ne è risultata coinvolta, pur in assenza di forti politiche europee di settore, in quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia sostanzialmente ridelineava e ridefiniva i beneficiari di prestazioni previste dai regimi assistenziali degli Stati membri³⁴. La dottrina ha così ritenuto che l'impatto sulle competenze nazionali, benché casistico e frammentario, sia stato forse più incisivo di quanto sarebbe risultato da un aumento esplicito delle competenze materiali dell'Unione³⁵.

Se guardiamo a questa evoluzione giurisprudenziale dal punto di vista delle fonti del diritto, tale esito è stato ottenuto attivando il parametro primario e bypassando la legislazione derivata. Un esempio emblematico di questa modalità di procedere risale alla sentenza *Baumbast* del 2002, in cui la Corte di giustizia riconobbe effetto diretto all'allora art. 18 TCE, oggi art. 21 TFUE, sul diritto del cittadino europeo di circolare e soggiornare³⁶. Attraverso l'(ex) art. 18 TCE, il

re e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, pubblicata in GU L 158 del 30 aprile 2004. Per una ricostruzione sintetica delle più note sentenze della Corte di Giustizia che hanno costituito passaggi fondamentali per riempire di contenuto il concetto di cittadinanza europea, C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari, 2014. In relazione all'avvento della Carta europea dei diritti, si veda L. TRUCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2012.

³³ È questo, in sintesi, l'elemento comune e qualificante dei diversi schemi argomentativi utilizzati dalla Corte di giustizia per estendere l'eguaglianza attraverso la cittadinanza secondo P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, 568 ss., nel capitolo dedicato alla *Equality*.

³⁴ Si tratta perciò di "diritti inautonomi" per M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *La Costituzione europea*, Annuario AIC 1999, Padova, 2000, 528.

³⁵ L. AGUIAR DE LUQUE, *La Carta europea de derechos y las constituciones nacionales*, cit., 31 ss.

³⁶ Prima della sentenza *Baumbast*, un importante precedente relativo all'estensione del diritto di soggiorno al di là di quanto previsto dalla legislazione derivata è costituito dalla nota sentenza della Corte di giustizia, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, 11 luglio 2002, C-60/00, in Racc. 2002, I, 6305, su cui S. ACIERNO, *La sentenza*

sig. Baumbast si vide riconoscere il diritto di soggiorno in Gran Bretagna, dove risiedeva la sua famiglia, benché non fosse in possesso di un'assicurazione malattia nel territorio dello Stato ospitante, ma in quello di un altro Stato membro³⁷. Il riconoscimento del diritto di sog-

Carpenter: diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4 del 2002, 653 ss. e E. SPAVENTA, *From Gebhard to Carpenter: toward a (non) – economic European Constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, 737 ss. La signora Carpenter, cittadina filippina, si era trattenuta illegalmente nel territorio del Regno Unito dopo la scadenza del visto turistico e aveva sposato il sig. Carpenter. Colpita da provvedimento di espulsione, lo impugnava a motivo che il marito, titolare di una impresa con sede nel Regno Unito che vendeva spazi pubblicitari su riviste mediche e scientifiche ad inserzionisti di altri Paesi europei, non avrebbe potuto svolgere la sua attività lavorativa se la moglie non avesse continuato ad occuparsi dei figli di costui, nati dal primo matrimonio. La questione di diritto ruotava intorno alla sussumibilità nel diritto primario dell'ingresso e soggiorno del familiare di un cittadino comunitario. Per giurisprudenza consolidata, i diritti del familiare non trovano diretto fondamento nelle norme primarie, ma nel diritto derivato. Nella specie, i profili problematici attenevano al fatto che il sig. Carpenter, cittadino comunitario, non aveva mai esercitato la libertà di circolazione. La posizione del sig. Carpenter, e quella derivata della moglie, oscillavano, perciò, tra una situazione puramente interna, disciplinata dal solo diritto nazionale, e una posizione comunitariamente rilevante, per il fatto che l'attività del sig. Carpenter consisteva nella prestazione di servizi venduti all'estero. La Corte rilevò che la fattispecie fuoriusciva dall'ambito di applicazione della direttiva 73/148/CE, il cui art. 1, n. 1), lett. a) e b) richiedeva letteralmente che il cittadino di uno Stato membro lasciasse il proprio Stato di origine e si stabilisse in un altro Stato membro per effettuare o ricevere una prestazione di servizi. Ne derivava che non fossero applicabili alla signora Carpenter le disposizioni sul ricongiungimento familiare previste dalla direttiva. Tuttavia, la Corte ritenne la fattispecie comunitariamente rilevante direttamente in forza dell'art. 49 TCE, sulla libera prestazione di servizi, e dell'art. 8 CEDU, sulla protezione della vita privata e familiare. Facendo applicazione del criterio dell'effetto utile, la Corte concluse che la separazione dei coniugi causata dall'espulsione della moglie avrebbe leso la vita familiare dei coniugi e, di riflesso, le condizioni di esercizio della libertà di prestazione dei servizi, poiché il sig. Carpenter sarebbe stato dissuaso dall'esercitare la sua libertà di prestazione di servizi a causa degli ostacoli frapposti nel Paese di origine alla permanenza della moglie.

³⁷ Corte di giustizia, *Baumbast e R. contro Secretary of State for the Home Department*, 17 settembre 2002, C-413-99, in Racc. 2002, I, 7091. In dottrina, M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *Educating Rudy and the (non-) English Patient: a double-bill on residency rights under Article 18 EC*, in *European Law Review*, 2003, 699-712; N. REICH, *Citizenship and family on trial*, cit., in *Common Market Law Review*, 2003, 615-638. La signora Baumbast, colombiana, aveva sposato nel Regno Unito un cittadino tedesco, titolare di una impresa individuale; insieme a loro vivevano la figlia di primo letto della moglie e una figlia avuta in comune. Dopo il fallimento della sua impresa, il sig. Baumbast lasciava il Regno Unito per lavorare per una ditta tedesca all'estero. Le autorità inglesi negavano alla moglie e alle figlie il rinnovo del permesso di soggiorno, a motivo che il marito cittadino comunitario, da cui esse derivavano i propri diritti di residenza, non lavorava più del Regno Unito. Nella medesima sentenza la Corte affrontò il caso della signora R., cittadina americana trasferitasi

giorno avveniva così attraverso l'assorbimento diretto di una fattispecie concreta nella fattispecie astratta più ampia del parametro primario. Contestualmente, ne risultava indebolito l'inciso contenuto nell'allora art. 18 TCE, per cui ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, «*fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi*». Dalla lettera della disposizione si sarebbe potuto intendere che il diritto di circolare e soggiornare fosse condizionato, nel contenuto e nell'ambito di applicazione, dalla normazione secondaria, dipendendo così la sua sostanza dal grado di tutela offerto dal diritto derivato. La Corte, invece, affermò con nettezza che il diritto di soggiorno sorgeva direttamente dall'(ex) art. 18 TCE, ora 21 TFUE, ed *a priori* rispetto alle condizioni previste dalla disciplina derivata. La locuzione «limitazioni» e «condizioni» previste dai Trattati e dal diritto derivato venne interpretata come necessità di un bilanciamento tra l'esercizio di una libertà fondamentale e i requisiti previsti dalle norme di attuazione. Il rapporto tra il diritto espresso dalla norma primaria e le condizioni di esercizio, dunque il bilanciamento, fu risolto dalla Corte in termini di proporzionalità.

Il medesimo schema argomentativo era presente nella sentenza *Chen*, di cui si è detto. Il parametro invocato era la sola normativa secondaria e fu la Corte a "risalire" alla normativa primaria, per offrire protezione alla madre cinese e alla bambina di pochi mesi cittadina europea.

nel Regno Unito con il marito francese e i due figli. La sentenza *Baumbast* è costruita come un sistema di scatole cinesi: ciascuno dei soggetti che compongono i rispettivi nuclei familiari trova protezione nel diritto dell'Unione, a partire dai bambini, risalendo alle madri, per poi giungere ai padri. Il diritto di soggiornare nel Regno Unito è riconosciuto ai bambini in forza del diritto derivato. Essi hanno diritto di continuare a frequentare le scuole indipendentemente dal fatto che i genitori abbiano divorziato o che il padre non lavori più in quel territorio. Le madri, cittadine di Paesi terzi, hanno diritto a loro volta di restare nel Regno Unito per accudire i bambini. Il padre, sig. Baumbast, non lavora più nel Regno Unito e non è più titolare di una assicurazione malattia nel Regno Unito, bensì in Germania. Difetta, perciò, dei requisiti previsti dalla normativa derivata. L'assenza di tali requisiti avrebbe dovuto condurre al rigetto della sua pretesa. La Corte di giustizia, invece, supera la lettera della normativa derivata, per fare diretta applicazione del principio. È in questo contesto che la Corte giunge a riconoscere all'(ex) art. 18 TCE, dunque al diritto di circolazione e soggiorno del cittadino europeo, l'effetto diretto.

A partire da questi schemi motivazionali, il portato costituzionale della giurisprudenza successiva a *Baumbast* è stato inteso non solo nell'erosione delle competenze statali in materia di immigrazione, ma nell'incisione della normazione europea derivata. I provvedimenti statali che negavano il titolo di soggiorno o l'accesso a una provvidenza economica costituivano, in realtà, l'esatta applicazione da parte delle autorità statali delle norme dell'Unione. Ed infatti, il criterio della proporzionalità colpiva formalmente i provvedimenti statali di diniego del permesso di soggiorno, ma finiva per incidere sostanzialmente sulla stessa normazione europea derivata. Sanzionando le misure nazionali, si disse, la Corte operava in verità un *judicial review* implicito sulle norme europee derivate, rendendone l'applicazione recessiva di fronte alle norme primarie. Veniva così superato il consenso politico formatosi sulle direttive. Esse avevano voluto estendere il diritto di soggiorno e la parità di trattamento ai soli cittadini inattivi autosufficienti economicamente. La Corte, invece, era andata oltre questo limite ed anzi l'aveva volutamente aggirato. La dottrina che espresse critiche su questa giurisprudenza accusò la Corte di aver «riscritto» le norme europee derivate. Di aver, dunque, superato i confini della funzione giurisdizionale invadendo lo spazio riservato al legislatore europeo³⁸.

5. Dopo *Zambrano*: il ripiegamento del diritto di soggiorno e del riconoscimento di prestazioni sociali sulla legislazione derivata

La massima espansione della cittadinanza europea, si è detto, si è avuta con la sentenza *Zambrano* del 2011. Si è visto che la Corte adottò una sentenza incentrata sull'art. 20 TFUE, disposizione “capostipi-

³⁸ Così K. HAILBRONNER, *Union Citizenship and Access to Social Benefits*, in *Common Market Law Review*, 2005 (42), 1245, richiamato da M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension of the case law on Union Citizenship*, cit., 624. Secondo Dougan, le critiche al sindacato indiretto della Corte di giustizia sulla normazione derivata, sul modello *Baumbast*, non consideravano l'introduzione della cittadinanza europea nel Trattato di Maastricht, ragionando come se i Trattati tutelassero ancora le sole libertà economiche. Proprio l'introduzione della cittadinanza europea nel diritto primario aveva, invece, ridisegnato, ad avviso di Dougan, il quadro costituzionale di riferimento, cosicché reinterpretare la legislazione derivata esistente alla luce del diritto primario sopravvenuto rientrava pienamente entro i confini dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

te” sulla cittadinanza europea³⁹. Ancora una volta la norma di principio superava i limiti e le prescrizioni previste dallo stesso diritto derivato dell’Unione, che avrebbero richiesto che i bambini si fossero spostati da uno Stato membro ad un altro, o avessero la cittadinanza di un altro Stato membro, per far scattare i diritti connessi alla cittadinanza europea. I profili della sentenza che hanno suscitato maggiore interesse nella dottrina, infatti, attengono al fatto che i bambini del sig. Zambrano, cittadini belgi, rivendicavano un diritto di soggiorno nei confronti del loro stesso Stato di origine. Vi era, perciò, il sostanziale affievolimento di qualsivoglia requisito di *cross border* e l’ulteriore estensione del diritto dell’Unione a una situazione potenzialmente solo interna allo Stato membro, con indebolimento delle competenze nazionali in materia di immigrazione. La sentenza ha indotto a chiedersi,

³⁹ Per comprendere la portata della decisione nella definizione della cittadinanza europea come autonomo status della persona umana, prima che condizione legata alla circolazione, si riportano i passaggi iniziali dell’Avvocato Generale Sharpston, Conclusioni del 30 settembre 2010, in *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l’emploi (ONEm)*, C-34/09, §§2,3: «che cosa implica esattamente la cittadinanza dell’Unione? Le circostanze all’origine della causa nazionale costituiscono una situazione «puramente interna» allo Stato membro interessato, nella quale il diritto dell’Unione europea ... non ha alcun ruolo da svolgere? Oppure il pieno riconoscimento dei diritti (compresi i futuri diritti) che necessariamente derivano dalla cittadinanza dell’Unione significa che un minore in tenera età cittadino dell’Unione ha il diritto, basato sul diritto dell’Unione anziché sul diritto nazionale, di soggiornare ovunque nel territorio dell’Unione? Da un punto di vista più concettuale, l’esercizio di diritti come cittadino dell’Unione dipende – così come l’esercizio delle classiche «libertà» economiche – dal fatto che ... vi sia stata una qualsiasi libera circolazione transfrontaliera (anche se occasionale, marginale o remota)? Oppure la cittadinanza dell’Unione guarda al futuro anziché al passato per definire i diritti e gli obblighi che da essa derivano?». Ancora, «la cittadinanza dell’Unione è solo la versione non economica della stessa categoria generica di diritti di libera di circolazione così come a lungo esistita per i soggetti economicamente attivi e per le persone che dispongono di risorse proprie? Oppure significa qualcosa di più estremo, ossia una cittadinanza vera e propria, dalla quale deriva una serie uniforme di diritti ed obblighi, all’interno di un’Unione di diritto nella quale il rispetto dei diritti fondamentali deve necessariamente svolgere un ruolo essenziale?». E nei paragrafi §§89, 128: se i bambini, cittadini dell’Unione, si recassero al di fuori del territorio europeo, potrebbero invocare la tutela diplomatica e consolare presso le ambasciate degli Stati membri europei, chiedere di avere accesso ai documenti, rivolgersi al Mediatore europeo, diritti tutti conferiti dallo *status* di cittadino dell’Unione; ma non potrebbero invocare il medesimo *status* per continuare a soggiornare nel Paese europeo in cui sono nati e vissuti, per concludere che «è difficile non provare un senso di disagio di fronte a un risultato del genere. Sembra che l’esercizio dei diritti di cittadinanza dell’Unione sia governato più dall’azzardo che dalla logica». Ancora, in relazione al rapporto tra libertà economiche in senso classico e cittadinanza «... Quando dei cittadini circolano, lo fanno come esseri umani e non come robot. Essi si innamorano, si sposano e creano famiglie».

perciò, se la cittadinanza dell'Unione dovesse considerarsi definitivamente scissa dal previo esercizio, in potenza o in atto, della libertà di circolazione, o ancora se il diritto di soggiorno dovesse ritenersi autonomo e distinto dal diritto di circolare⁴⁰⁻⁴¹.

⁴⁰ La sentenza *Zambrano* è stata oggetto di una amplissima letteratura; ci si limita a U. SADL, *Ruiz Zambrano as an Illustration of How the Court of Justice of the European Union Constructs its Legal Arguments*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, 205-229; R. MORRIS, *European Citizenship and the right to move freely: internal situations, reverse discrimination and fundamental rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2011, 179-189; K. HAILBRONNER, D. THYM, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011*, in *Common Market Law Review*, n. 4 del 2011 (48), 1253-1270; H. VAN EIJKEN, S.A. DE VRIES, *A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano*, in *European Law Review*, n. 5 del 2011 (36), 704-721; K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *Ruiz-Zambrano (C-34/09) o de la emancipación de la Ciudadanía de la Unión de los límites inherentes a la libre circulación*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2011, 493-521. Nella dottrina italiana, M. E. BARTOLONI, *Il caso Ruiz-Zambrano: la cittadinanza dell'Unione europea tra limiti per gli Stati membri e garanzie per i cittadini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 652-657; C. BERNERI, *Le pronunce Zambrano e McCarthy: gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulle unioni familiari tra cittadini comunitari ed extracomunitari*, in *Quad. cost.*, 2011, 696-699; L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità internazionale*, 2011, 433-446; E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, 467-475; R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2 del 2011, 331-356; P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, ivi, 417-432; I. OTTAVIANO, *La Corte di giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 797-809; D. GALLO, *La Corte di giustizia rompe il vaso di Pandora della cittadinanza europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, 39-49; F. VECCHIO, *Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1249-1251. Si veda anche S. LORENZON, *Cittadinanza europea e principio di attribuzione delle competenze: l'integrazione europea alla prova del test di proporzionalità*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 159-171 e ora G. MARTINICO, A.M. RUSSO, *Is the European Union a Militant Democracy? The Perspective of the Court of Justice in Zambrano and Kadi*, in *European Public Law*, 2015, 659-678.

⁴¹ Dopo la grande apertura del caso *Zambrano*, la Corte chiuse in qualche modo i confini del diritto di soggiorno tratto direttamente dalla cittadinanza europea nella sentenza di pochi mesi successiva, Corte di giustizia, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, 5 maggio 2011, C-434/09, in *Racc.* 2011, I-3375, §42. Già in *McCarthy* la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 20 TFUE era stata riformulata alla luce dell'art. 21 TFUE, dunque in termini di circolazione (§26). In dottrina la sentenza è spesso annotata insieme a *Zambrano*, per la breve distanza di tempo tra le due pronunce e per la difficoltà di costruire un quadro unitario intorno alle aperture e chiusure della Corte; oltre ai com-

Dopo *Zambrano*, la giurisprudenza europea pare essersi ripiegata sulla normazione derivata. Sulla scia di *Zambrano*, i giudici rimettenti in più occasioni hanno proposto questioni pregiudiziali fondate sull'interpretazione del parametro primario relativo alla sola cittadinanza europea, art. 20 TFUE, indipendentemente da profili legati alla circolazione. Sono stati innanzitutto i giudici nazionali, dunque, incentivati dallo stesso *modus* argomentativo adottato dalla Corte di giustizia in *Zambrano*, a chiedere che i fatti di causa fossero riletti entro il più ampio spettro delle norme primarie di principio. La Corte, tuttavia, ha iniziato ad analizzare le fattispecie inserendo nell'apparato motivazionale la normativa secondaria.

A partire dalla sentenza *Dereci* del novembre del 2011, relativa a un signore turco che chiedeva di poter risiedere in Austria con la moglie e i figli, tutti cittadini austriaci, il precedente di *Zambrano* è stato riletto dalla stessa Corte di giustizia come legato a circostanze eccezionali⁴². Così è stato nella sentenza *Iida* del novembre 2012, in cui un cittadino giapponese residente in Germania e padre di una bimba trasferitasi con la mamma a Vienna chiedeva di godere di un titolo di soggiorno fondato sul diritto europeo. La Corte ritenne che non potesse trovare applicazione la direttiva 2004/38/CE, secondo cui il familiare deve «accompagnare» o «raggiungere» il cittadino dell'Unione. Il padre, invece, era rimasto in Germania, e perciò la fattispecie venne ritenuta estranea al diritto dell'Unione⁴³. Nel caso *O. e S.* del 2012,

menti della nota precedente, cfr. anche N. NIC SHUIBHNE, in *Common Market Law Review*, 2012, 349-379, e S. ROSSI, *Il caso McCarthy: la cittadinanza europea e la cruna dell'ago*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 1238-1243.

⁴² Corte di giustizia, Grande Sezione, *Murat Dereci e altri contro Bundesministerium für Inneres*, 15 novembre 2011, C-256/11, §§66-68. La sentenza riunisce cinque cause. Le cause avevano in comune il fatto che i ricorrenti fossero cittadini di Paesi terzi, familiari di cittadini dell'Unione residenti in Austria. Nessuno dei cittadini dell'Unione si era avvalso della libertà di circolazione. Le differenze vertevano sul carattere legale o illegale del soggiorno del ricorrente; sul vincolo familiare, tra genitori e bambini minori, coniugi o figli maggiorenni; sulla dipendenza economica, più o meno accentuata, con i cittadini dell'Unione. A dimostrazione della delicatezza delle questioni trattate, daremo atto di seguito, anche nelle successive note, dei governi intervenienti nel giudizio avanti alla Corte, oltre al governo convenuto: nella causa *Dereci*, i governi danese, tedesco, dell'Irlanda, greco, olandese, polacco, del Regno Unito.

⁴³ Corte di giustizia, *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, 8 novembre 2012, C-40/11, §61, per cui il padre non è «avente diritto» ai sensi della direttiva 2004/38/CE perché non riveste il requisito per cui il familiare «accompagni o raggiunga» il cittadino europeo; si veda-

donne straniere madri di bambini finlandesi non possono pretendere un diritto di soggiorno per i loro nuovi partner, anch'essi provenienti da Paesi terzi, perché i bambini cittadini dell'Unione non si sono spostati dalla Finlandia⁴⁴. In *Ymeraga* del 2013, un signore kosovaro, acquisita la cittadinanza belga, non può avvalersi del suo status di cittadino dell'Unione nei confronti del proprio Stato membro, il Belgio, per ottenere il ricongiungimento familiare con i genitori e due fratelli⁴⁵.

In *Alokpa* del 2013, una donna del Togo, madre di due gemelli che hanno preso dal padre la cittadinanza francese, chiede di continuare a risiedere in Belgio. Il caso assomiglia a *Chen*, perché qui i bambini cittadini francesi sono nati e risiedono in un altro Stato membro, il Belgio. La questione pregiudiziale aveva ad oggetto l'interpretazione dell'art. 20 TFUE, ma è estesa d'ufficio dalla Corte all'art. 21 TFUE, sulla libera circolazione, e alla direttiva 2004/38/CE⁴⁶.

no i §§71-72 sulla eccezionalità del diritto di soggiorno del familiare nel caso in cui il cittadino dell'Unione non abbia circolato; in §§79-80 la Corte conclude che la situazione non è disciplinata dal diritto dell'Unione, per cui «al di fuori delle situazioni disciplinate dalla direttiva 2004/38 e quando non esiste alcun nesso con le disposizioni del diritto dell'Unione relative alla cittadinanza, un cittadino di un paese terzo non può pretendere un diritto di soggiorno derivato da un cittadino dell'Unione». Erano intervenuti in giudizio i governi belga, ceco, danese, italiano, dei Paesi Bassi, polacco, del Regno Unito.

⁴⁴ Corte di giustizia, *O. e S. contro Maahanmuuttovirasto (C-356/11) e Maahanmuuttovirasto contro L. (C-357/11)*, 6 dicembre 2012, con l'intervento dei governi danese, tedesco, italiano, dei Paesi Bassi polacco. La questione pregiudiziale era formulata sulla base del solo art. 20 TFUE e la direttiva 2004/38/CE viene integrata d'ufficio (§§41 ss.). In §§ 47-48 la Corte ribadisce il carattere «molto particolare» del precedente *Zambrano*; il criterio della «privazione del nucleo essenziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione» è riferito a circostanze contrassegnate dal fatto che i bambini cittadini dell'Unione rischiano di essere allontanati, per seguire i genitori, da tutto il territorio dell'Unione nel suo complesso, e non solo dallo Stato membro in cui risiedono. La Corte rinvia al giudice rimettente la verifica del se in ultima analisi sussistano tali circostanze.

⁴⁵ Corte di giustizia, *Kreshnik Ymeraga e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 8 maggio 2013, C-87/12, con l'intervento dei governi belga, ceco, danese, tedesco, polacco, anch'essa originata da questione pregiudiziale relativa al solo art. 20 TFUE; le direttive 2003/86 e 2004/38 sono esaminate d'ufficio dalla Corte, che conclude per la non applicazione (§§23 ss.); l'art. 20 TFUE è ricondotto a situazioni «molto particolari» (§§36-38), per concludere che la situazione dei ricorrenti non è disciplinata dal diritto dell'Unione (§§42-43).

⁴⁶ Corte di giustizia, *Adzo Domenyo Alokpa e altri contro Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, 10 ottobre 2013, C-86/12, con l'intervento dei governi belga, ceco, tedesco, greco, lituano, dei Paesi Bassi, polacco. La ricorrente non beneficia della direttiva 2004/38/CE. La Corte rinvia al giudice la verifica del fatto che i figli godano del diritto di

Il punto di arrivo di questa giurisprudenza è dato probabilmente dalla nota sentenza *Dano* del 11 novembre 2014⁴⁷. La sentenza non riguarda direttamente il diritto al soggiorno, ma le prestazioni di assistenza sociale che dal soggiorno derivano. Una giovane madre rumena con figlio a carico, titolare in Germania di una carta di soggiorno di durata illimitata, pretendeva un sussidio di mantenimento e un aiuto per l'alloggio, lamentando una disparità di trattamento rispetto ai cittadini tedeschi. La Corte ha affermato che i diritti connessi allo status fondamentale di cittadino dell'Unione scattano solo se il soggiorno rispetta le condizioni di cui alla direttiva 2004/38/CE.

Si giunge così ad un risultato opposto a *Baumbast*, da cui siamo partiti. Il principio sancito dalle norme primarie, in questo caso il principio di parità di trattamento, vive in concreto solo nella misura prevista dal legislatore derivato. La dottrina ha così parlato di una «sincronizzazione» tra diritto primario e secondario⁴⁸.

La più recente sentenza *Rendón Marín* del 2016, di cui si è dato conto nei precedenti paragrafi, conferma questa tendenza del giudice

soggiorno in quanto dispongono, da soli o grazie alla madre, di un'assicurazione malattia o di risorse sufficienti, ai sensi dell'art. 7, par. 1, direttiva e dell'art. 21 TFUE (§30). Non trova applicazione il criterio del pregiudizio al nucleo essenziale dei diritti connessi alla cittadinanza europea enunciato in *Zambrano*, poiché non vi è pericolo che i bambini lascino il territorio dell'Unione, potendo trovare accoglienza in Francia sulla base del principio di diritto internazionale per cui uno Stato non può negare ingresso ai propri cittadini; la valutazione ultima è tuttavia rimessa al giudice del rinvio (§§33-35).

Sempre per una interpretazione del diritto di soggiorno legata innanzitutto all'interpretazione «letterale, sistematica e teleologica» della direttiva 2004/38/CE, in un caso di rientro nello Stato membro, Corte di giustizia, Grande Sezione, *O c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B*, 12 marzo 2014, C-456/12, con l'intervento dei governi belga, ceco, danese, tedesco, estone, polacco, del Regno Unito. Il parametro primario è l'art. 21 TFUE. Fondata su un'interpretazione restrittiva del mantenimento del diritto di soggiorno in caso di divorzio è Corte di giustizia, Grande Sezione, *Kuldip Singh e a. contro Minister for Justice and Equality*, 16 luglio 2015, C-218/14, con l'intervento dei governi danese, greco, spagnolo, polacco e del Regno Unito.

⁴⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Elisabeta Dano, Florin Dano c. Jobcenter Leipzig*, 11 novembre 2014, C-333/13, con l'intervento dei governi tedesco, danese, dell'Irlanda, francese, austriaco, del Regno Unito. La domanda pregiudiziale verteva sugli artt. 18 TFUE, sul divieto di non discriminazione, e art. 20, par. 2, primo comma, lett. a, TFUE, nonché sugli artt. 1, 20 e 51 Carta.

⁴⁸ D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens*, in *Common Market Law Review*, 2015 (52), 17-50, spec. 24.

europeo a “scendere” verso la normativa secondaria. Di fronte ad una questione pregiudiziale ancora una volta fondata sul solo art. 20 TFUE «interpretato alla luce delle sentenze del 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, e 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*», la Corte integra nel parametro l’art. 21 TFUE e la direttiva 2004/38. Questo consente di spostare il ragionamento dalla sola cittadinanza alla libertà di circolazione e di qualificare la fattispecie sulla base della normativa derivata.

Un’ultima considerazione merita di essere svolta. Quando la Corte conclude che il diritto dell’Unione non si applica, perché la fattispecie concreta esula dalle condizioni previste dalle norme secondarie di settore, l’esito non è modificato dalla Carta europea dei diritti fondamentali. La Corte si fa forza dell’art. 51 Carta, per cui la Carta non estende, né muta le competenze dell’Unione⁴⁹. La disciplina materiale dell’Unione, pertanto, non soltanto costituisce un argine ai principi dei Trattati, ma anche ai diritti della Carta. Il confine della Carta è lo stesso confine delle norme materiali dell’Unione.

La Corte, a volte, si premura di chiarire che, al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, l’allontanamento di una persona da uno Stato membro deve in ogni caso rispettare il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall’art. 8 CEDU, secondo l’interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo⁵⁰. Tale precisazione, tuttavia, costituisce solo una conferma del fatto che il rispetto dei diritti

⁴⁹ Corte di giustizia, *Ymeraga*, cit., §§40-43. In Corte di giustizia, *Dano*, cit., la Corte ha statuito che poiché le condizioni sostanziali per l’esistenza del diritto a «prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo», quali il sussidio all’alloggio, disciplinate dal regolamento 883/2004 sono rimesse alla discrezionalità degli Stati membri, gli Stati che le definiscono «non attuano il diritto dell’Unione» e conclude in maniera apodittica: «Pertanto, la Corte non è competente a rispondere alla quarta questione» in merito all’interpretazione degli art. 1, 20 e 51 Carta, sulla dignità della persona umana e la parità di trattamento. La questione chiedeva se «Nel caso in cui, in base alla soluzione apportata alle questioni che precedono, l’esclusione parziale dalle prestazioni volte a garantire la sussistenza risultasse conforme al diritto dell’Unione: se la concessione di prestazioni non contributive volte a garantire la sussistenza possa essere limitata per i cittadini dell’Unione, salvo situazioni di grave emergenza, alla messa a disposizione dei mezzi necessari per il rientro nel paese di origine, o se invece gli articoli 1, 20 e 51 della Carta (...) impongano la concessione di prestazioni più ampie atte a permettere una permanenza duratura».

⁵⁰ Corte di giustizia, *Ymeraga*, cit., §44, in un inciso finale, in cui si dice che il diniego del permesso di soggiorno non rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione «non pregiudica la questione se, in base ad un esame effettuato alla luce delle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, di cui tutti gli Stati membri sono parti contraenti, un diritto di soggiorno possa essere negato ai cittadini di paesi terzi interessati nell’ambito del procedimento principale».

ti fondamentali è rimesso ad un'altra categoria di fonti, da cui il diritto dell'Unione resta fuori: il rapporto si instaura tra diritto nazionale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo; la verifica della conformità e effettività dei diritti garantiti passa attraverso un altro circuito giurisdizionale, tra giudici nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo.

6. (segue) il *self restraint* della Corte di giustizia: l'arretramento delle norme primarie a favore delle norme derivate

Le interconnessioni tra giurisprudenza e legislatore europeo non costituiscono certo una novità. Sul versante legislativo, la stessa direttiva 2004/38/CE ha codificato principi già emersi nella giurisprudenza, in parte recependoli e in parte evitando di incorporarli⁵¹. Sul versante giurisdizionale, in altre occasioni la Corte di giustizia ha mostrato di rispettare il compromesso raggiunto dai Governi in sede di normazione derivata. Il *self restraint* della Corte si esprime con strumenti diversi. Solo a titolo di esempio, per rimanere nel settore materiale della circolazione, si pensi alla sentenza *Parlamento c. Consiglio* del 2006, nata dal ricorso per annullamento del Parlamento europeo contro la direttiva del Consiglio 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare⁵². La direttiva aveva la sua base giuridica, all'epoca, negli artt. 63 e 67 TCE, che prevedevano la proposta della Commissione e il voto all'unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento. La direttiva era stata il frutto di un faticoso compromesso politico, raggiunto al termine di lunghe e complesse negoziazioni⁵³. Il Parlamento

⁵¹ Per il grado di convergenza e divergenza tra la direttiva 2004/38/CE e i principi in precedenza enunciati nella giurisprudenza della Corte di giustizia, I. ALEXOVIČOVÁ, *The Right of Citizens of the Union and their Family Members to Move and Reside Freely within the Territory of the Member States*, in H. SCHNEIDER (ed.), *Migration, Integration and Citizenship*, Maastricht, 2005, 73-105.

⁵² Corte di giustizia, 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, in Racc. 2006, I-5769. La sentenza è spesso ricordata come la prima decisione in cui la Corte ha fatto riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel 2000 e all'epoca non ancora in vigore. Si è trattato, tuttavia, di un richiamo con finalità di conferma di un parametro costruito essenzialmente sull'art. 8 CEDU, in materia di diritto al rispetto della vita privata e familiare, già riconosciuto in precedenti sentenze della Corte di giustizia come principio generale del diritto.

⁵³ F. MACRÌ, *La Corte di Giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4 del 2006, 793-817, spec. 794; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement fami-*

la impugnò per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 8 CEDU e ritenuto dalla Corte di giustizia principio generale del diritto, contestando le limitazioni all'ingresso dei minori che la direttiva autorizzava gli Stati a porre. In quell'occasione, lo strumento per salvaguardare il compromesso raggiunto dai Governi fu l'utilizzo di una pronuncia interpretativa: la Corte respinse il ricorso in parte dichiarandolo infondato, in parte dando alle norme impugnate un'interpretazione conforme al diritto al rispetto della vita familiare per come inteso dalla Corte di Strasburgo. Il rilievo che il compromesso politico ebbe nella decisione fu testimoniato da un'eccezione preliminare di irricevibilità sollevata dalla Repubblica Federale di Germania, interveniente in giudizio. Sosteneva il Governo tedesco che una delle norme impugnate, relativa alla possibilità di introdurre un test d'integrazione per i minori ultradodicesenni, costituiva uno dei punti centrali del compromesso politico che aveva consentito il raggiungimento dell'unanimità dei voti in Consiglio. Il Parlamento, perciò, non avrebbe potuto chiedere l'annullamento parziale dell'atto, in quanto si trattava di disposizioni inseparabili. La Corte non si pronunciò sull'eccezione, decidendo direttamente il merito del ricorso.

Nelle sentenze sulla cittadinanza e la libera circolazione che abbiamo analizzato, il *self restraint* verso il compromesso voluto dai Governi quali legislatori dell'Unione si realizza in altro modo. Esso emerge dall'assorbimento della fattispecie concreta nella normazione derivata, mentre è resa residuale l'applicazione della norma primaria di principio. Che questo schema argomentativo abbia a che fare con una forma di rispetto per il legislatore europeo trova puntuali riscontri nella stessa giurisprudenza. Già in *Dereci*, la Corte osservava che la proposta della direttiva del Consiglio rilevante nella fattispecie inizialmente conteneva l'estensione del ricongiungimento familiare a cittadini dell'Unione che non avessero esercitato la libera circolazione,

lial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, n. 4 del 2006, 675-685, spec. 678, che indica in breve le notevoli differenze che intercorrevano tra il testo della direttiva proposto dalla Commissione, COM (1999)638 finale del 1 dicembre 1999, e il resto finale approvato dal Consiglio. La Commissione aveva nella pendenza dell'iter legislativo modificato la propria proposta; si veda COM(2002)225 finale del 2 maggio 2002, ove si accenna espressamente ad «un nuovo approccio per permettere alle negoziazioni di andare a buon fine».

ma questa previsione era stata eliminata nel corso dei lavori preparatori⁵⁴. In *Dano*, a proposito del fatto che un cittadino dell'Unione senza mezzi non possa aspirare alla protezione sociale al pari dei cittadini dello Stato membro, la Corte afferma che l'esistenza di una disparità di trattamento «è una conseguenza inevitabile della direttiva 2004/38/CE. Tale potenziale disparità, infatti, si fonda *sul rapporto instaurato dal legislatore dell'Unione* all'art. 7 della ... direttiva fra la necessità di disporre di risorse economiche sufficienti quale condizione di soggiorno, da un lato, e l'esigenza di non creare un onere per il sistema di assistenza sociale degli Stati membri, dall'altro»⁵⁵.

Se si riprendono le critiche rivolte alla giurisprudenza sulla cittadinanza europea di cui si è detto, esse si incentravano sul fatto che la Corte aveva riscritto la normazione secondaria, superando manifestamente le condizioni di spostamento da uno Stato ad un altro e di autosufficienza economica volute dal legislatore. La Corte avrebbe così operato un sindacato implicito che non comportava l'annullamento delle disposizioni di diritto derivato, ma di fatto ne sviliva la portata precettiva⁵⁶. L'opportunità di questa forma di controllo implicito veniva contestata da una parte della dottrina proprio perché metteva in discussione l'equilibrio raggiunto dal legislatore europeo nella definizione dell'ambito di applicazione della libertà di circolazione. La direttiva rappresentava il punto di equilibrio tra quanto, della precedente giurisprudenza sulla cittadinanza europea, gli Stati, nella veste di legislatore, avevano voluto e quanto non ritenevano di potere o volere sostenere. La Corte avrebbe così spostato il limite del "grado di tolleranza" che gli Stati erano disposti a concedere a soggetti inattivi.

Per altra parte della dottrina, invece, l'incisività del sindacato della Corte sui requisiti di autosufficienza economica previsti dalla normazione derivata, sino al punto di metterli da parte per applicare direttamente le norme primarie, trovava piena giustificazione proprio nei Trattati, che imponevano al legislatore europeo di conformare la cittadinanza europea quale *status* separato e distinto dalla libera circolazione. Rientrava, perciò, nella funzione tipica di un giudice costituzio-

⁵⁴ Corte di giustizia, *Dereci*, cit., §49.

⁵⁵ Corte di giustizia, *Dano*, cit., §77.

⁵⁶ La direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 è stata adottata dal Parlamento e dal Consiglio con procedura di codecisione in seguito ad un iter molto lungo, iniziato con una prima proposta della Commissione nel 2001. Il termine di scadenza per il recepimento della direttiva era fissato al 30 aprile 2006.

nale l'applicazione delle norme primarie anche "contro" il legislatore europeo⁵⁷. Ebbene, fino al 2011, con *Zambrano*, la Corte di giustizia ha assecondato quest'ultimo orientamento, mentre poco dopo, a partire dai casi *McCarthy*, *Dereci* e i successivi richiamati, pare aver fatto proprie le preoccupazioni manifestate dal primo orientamento. D'altra parte, le sentenze che più hanno valorizzato il parametro primario sono state adottate nella vigenza della direttiva 2004/38/CE, il cui termine di recepimento era scaduto il 30 aprile 2006. Il mutamento avviene nel 2011, senza che siano state introdotte, per quanto noto, innovazioni significative nella legislazione derivata. Appare, dunque, veramente come una forma di *restraint* autoimposti dalla Corte stessa.

7. L'interpretazione conforme come argine alla domanda di diretta applicazione delle norme primarie

Torniamo ora alla sentenza *Dansk Industri* del 2016 in materia di indennità di disoccupazione, relativa agli effetti diretti orizzontali delle direttive. Essa rileva nella nostra analisi per l'ampio invito rivolto dalla Corte di giustizia al giudice rimettente ad interpretare il diritto nazionale in senso conforme alla direttiva. La disapplicazione del diritto nazionale e la sua sostituzione con la regola di diritto tratta dal parametro primario, costituito dal principio generale di non discriminazione in base all'età, è prospettata, invece, come l'*extrema ratio*. La Corte manifesta così cautela nel dare prevalenza alla norma primaria dotata di effetti diretti orizzontali⁵⁸. Un andamento del tutto simile era

⁵⁷ Per i due orientamenti, M. DOUGAN, *The Constitutional Dimension of the case law on Union Citizenship*, cit., 627-628, 632, che aderisce al secondo; egli distingue la giurisprudenza sulla cittadinanza pre e post direttiva 2004/38/CE. Le prime sentenze sulla cittadinanza, tra cui *Baumbast*, si inseriscono nel quadro di una legislazione secondaria, le direttive degli anni '90, superata da una sopravvenuta modifica dei Trattati, attraverso l'entrata in vigore della cittadinanza europea con il Trattato di Maastricht; la direttiva 2004/38/CE, invece, ha costituito attuazione delle nuove norme primarie, riunendole in un quadro unitario e, tuttavia, non recependo tutti i principi della pregressa giurisprudenza, potendo così darsi una «frizione apparente» tra il tragitto della cittadinanza disegnato dalla Corte di giustizia e la cittadinanza dell'Unione per come intesa dalla *Community legislature*.

⁵⁸ La residualità dell'applicazione diretta del principio generale è ancora più marcata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 25 novembre 2015, §§47-48: «È solo quando risulta impossibile per i giudici nazionali interpretare il diritto interno conformemente alla direttiva 2000/78 che il principio della non discriminazione in ragione dell'età

già presente nella sentenza *Maribel Dominguez* del 2012, sul diritto a maturare ferie in caso di assenza per malattia. Il diritto alle ferie trovava disciplina nella direttiva 2003/88/CE, che tuttavia non poteva applicarsi ad una controversia tra datore di lavoro e lavoratore. In quel caso, l'Avvocato Generale aveva lungamente approfondito se un diritto alle ferie annuali retribuite di rango primario potesse ricavarsi dall'art. 31, paragrafo 2, Carta o essere enucleato dai trattati internazionali e dalle tradizioni costituzionali degli Stati come principio generale del diritto non scritto⁵⁹. Di questo ragionamento non restò traccia nella sentenza, che utilizzò come parametro la sola disposizione pertinente della direttiva. Anche in quell'occasione la Corte invitava il giudice rimettente nell'ordine a: tentare una interpretazione conforme delle norme interne, anche ricercando una norma nazionale diversa da quella ritenuta incompatibile con la direttiva; verificare se la qualità del convenuto, ove riconducibile anche mediatamente ad un soggetto pubblico, consentisse di invocare l'effetto diretto verticale della norma chiara e incondizionata tratta dalla direttiva; in ultima istanza ricorrere, per la parte privata lesa, al risarcimento del danno sul modello della sentenza *Francovich* del 1991. In merito all'interpretazione conforme, la Corte affermava espressamente che «... la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione»⁶⁰.

La Corte si è dimostrata restia ad attivare il parametro primario, e dunque a ripetere lo schema di giudizio di *Mangold* e *Kükükdveci*, an-

diventa la norma di riferimento che consente di risolvere le controversie fra privati, neutralizzando l'applicazione del diritto nazionale contrario al diritto dell'Unione. Tale principio gioca, dunque, il ruolo di rimedio momentaneo alla mancanza di effetto diretto orizzontale della direttiva 2000/78 nonché all'impossibilità per i giudici nazionali di interpretare il proprio diritto nazionale in modo conforme a detta direttiva. Rilevo peraltro che, nella sua giurisprudenza più recente, la Corte ha chiaramente evidenziato il ruolo primario che intende attribuire all'obbligo di interpretazione conforme», con rinvio alla sentenza *Maribel Dominguez* di cui al testo. «Prima di ricorrere al principio della non discriminazione in ragione dell'età come *soluzione estrema* per la composizione dei conflitti fra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale, i giudici nazionali devono, pertanto, debitamente accertare che il loro diritto interno non possa essere interpretato in senso conforme alla direttiva 2000/78» (nostro corsivo).

⁵⁹ Conclusioni Avvocato Generale Trstenjak, 8 settembre 2011, in *Maribel Dominguez*.

⁶⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 24 gennaio 2012, *Maribel Dominguez*, C-282/10, §23.

che nella successiva sentenza *AMS* del gennaio 2014, rifiutando di riconoscere effetto diretto al diritto all'informazione e consultazione dei lavoratori garantito dall'art. 27 Carta. Anche in quel caso, la Corte ha evitato di ricavare dalla disposizione primaria un principio in grado di superare l'incapacità della direttiva di settore di produrre effetti in una controversia tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali⁶¹.

La dottrina ritiene che l'interpretazione conforme abbia assunto «una sorta di priorità tecnica» nell'iter motivazionale del giudice europeo⁶². L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea trova in origine la sua *ratio* nell'esigenza di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo anche privo di effetti diretti. A ciò si aggiunga che l'efficacia di vincolo interpretativo delle sentenze della Corte di giustizia massimizza il risultato di omogeneità della soluzione ermeneutica enunciata. Anziché condurre alla disapplicazione delle norme in contrasto entro un solo ordinamento nazionale, il diritto dell'Unione si impone, in virtù dell'efficacia vincolante nelle sentenze interpretative, a tutti i ventotto Stati membri. Nella giurisprudenza europea la tecnica assume una ulteriore caratteristica, che è stata definita di «cerniera» tra ordinamenti. La dottrina ha osservato

⁶¹ Sulla sentenza *AMS*, e sull'applicazione dei principi sociali della Carta, sia consentito il rinvio a A.O. Cozzi, *Con-fusioni: la definizione di «principio» nelle disposizioni finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra schemi concettuali propri dell'ordinamento UE e prassi costituzionali nazionali*, in F. CORTESE, M. TOMASI, *Le definizioni nel diritto*, Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015, in Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Trento, Napoli, 2016, 309-334, disponibile anche in open access in <https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/163651/113505/COLLANA%20QUADERNI%20VOLUME%2026.pdf>.

⁶² D. SIMON, *La panacée de l'interprétation conforme: injection homéopathique ou thérapie palliative*, in *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, 279 ss., spec. 298, citato in nota 24 dall'Avvocato Generale Bot nelle sue Conclusioni in *Dansk Industri*, secondo cui la Corte attribuisce sempre più chiaramente al criterio dell'interpretazione conforme una sorta di priorità tecnica rispetto alle altre implicazioni della primazia. Già E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità. Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli, 2013, 254 ss., rilevava un elemento comune tra i «prototipi» dell'interpretazione conforme alla Costituzione, al diritto dell'Unione e alla CEDU, diversi per origine e finalità, nel passaggio da strumento volontario per risolvere un conflitto apparente di norme, a fronte del quale il giudice ha altre strade per uscire dall'impasse, ad adempimento procedimentale obbligatorio imposto forzatamente al giudice rimettente.

che mentre la disapplicazione è evento traumatico che evidenzia sempre un vincitore, l'Europa, e un vinto, lo Stato nazionale, l'interpretazione conforme assicura la flessibilità nelle relazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, neutralizzando o sdrammatizzando i conflitti⁶³. Sotto il profilo dell'effettività della tutela, inoltre, il risultato utile ottenuto con l'interpretazione conforme è direttamente disponibile al giudice comune, mentre la disapplicazione, nel caso in cui la norma europea non produca effetti diretti e non vi sia un'altra norma interna idonea a regolare la fattispecie, richiede l'intervento conformativo del potere politico, più complesso e lontano nel tempo⁶⁴. Infine, l'interpretazione conforme ha il vantaggio di deresponsabilizzare la Corte che la impone, lasciando ai giudici comuni il compito di modulare il rapporto con il legislatore o comunque con il potere politico fautore delle norme. Questa finalità coincide con la tendenza della Corte di giustizia, sempre più presente nelle sentenze esaminate in materia di cittadinanza, a rinviare in ultima istanza al giudice rimettente "l'ultima parola", ossia a decidere se la fattispecie concreta mostri gli elementi per essere attratta o meno nel diritto dell'Unione.

A queste *rationes*, il ricorso all'interpretazione conforme nella sentenza *Dansk Industri*, come già in *Maribel Dominguez*, sembra aggiungere un'altra. Nella versione originaria, l'interpretazione conforme attiene al rapporto tra direttiva e norme nazionali, mirando a piegare le seconde per massimizzare gli effetti della prima. Oggi

⁶³ E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 268, che rinvia a G. MARTINICO, *The importance of Consistent Interpretation in Subnational Constitutional Context: Old Wine in New Bottles?*, in *Perspectives on Federalism*, vol. 4, Issue 2, 2012, 283; ID, *Is the European Convention Going to Be "Supreme"?* *A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law Before National Courts*, in *European Journal of International Law*, n. 2 del 2012 (23), 409; appartiene a E. Lamarque la metafora della cerniera, *ivi*, 244 e 258, tra due tessuti di diversa qualità e consistenza, per indicare due piani normativi lontani tra loro, quello europeo e quello nazionale, che pure premono entrambi sul giudice comune, un «novello arlecchino servitore di due padroni», per essere entrambi tenuti in considerazione nella decisione della controversia concreta.

⁶⁴ E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 269, che ragiona di «unica via giurisdizionale per pervenire ad un risultato altrimenti irraggiungibile in mancanza di un intervento del legislatore». L'A. rinvia anche a G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in S. PANUNZIO, E. SCISO (a cura di), *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 139.

l'utilizzo della tecnica dell'interpretazione conforme da parte della Corte di giustizia sembra essere funzionale agli equilibri interni al diritto dell'Unione, toccando il rapporto tra direttive e norme primarie. La Corte, in particolare, evita di ricorrere allo schema di giudizio di *Mangold* e *Kükükdveci*. Nelle più recenti sentenze di cui si è dato conto, l'interpretazione conforme salvaguarda la direttiva e costituisce un argine alla domanda di diretta applicazione delle norme primarie, da cui i giudici comuni, abituati dalla stessa Corte di giustizia, sono fortemente tentati.

Il fatto che la salvaguardia delle direttive e il mancato ricorso alle norme primarie risponda a un'esigenza di tutela del legislatore europeo, dunque del compromesso politico che il legislatore europeo ha raggiunto, si coglie in alcune considerazioni di Avvocati Generali. Nelle Conclusioni alla causa *Maribel Dominguez*, per esempio, l'Avvocato Generale Trstenjak ribadisce il rifiuto di riconoscere effetto diretto orizzontale alle direttive perché «La competenza legislativa dell'Unione viene esercitata, ai sensi dei Trattati, congiuntamente dal Consiglio e dal Parlamento europeo. Le prerogative loro riconosciute in quanto legislatori ... devono essere in ogni caso salvaguardate. Non lo impongono soltanto le ragioni di praticabilità già citate, ma anche *l'equilibrio istituzionale* all'interno dell'Unione. Quest'ultimo non si fonda sul principio della separazione dei poteri proprio dello Stato di diritto, quanto piuttosto su un principio di ripartizione delle funzioni in virtù del quale *le funzioni dell'Unione devono essere esercitate da quelle istituzioni che sono state meglio predisposte dai trattati a tale scopo*. A differenza del principio della separazione dei poteri, che serve tra l'altro a garantire la tutela dell'individuo attraverso un contenimento del potere dello Stato, *il principio della ripartizione delle funzioni* è rivolto ad un effettivo raggiungimento delle finalità dell'Unione». La scissione tra principio della ripartizione delle funzioni e tutela dei diritti individuali, e la finalizzazione del primo alla sola realizzazione dell'Unione come entità oggettiva a sé stante, è affermazione preoccupante, che fa eco a superate dottrine sulla derivazione e funzionalizzazione dei diritti all'autorità. Non è questa la sede, tuttavia, per approfondire la distinzione tra i concetti di separazione

dei poteri e di equilibrio istituzionale, o ripartizione delle funzioni⁶⁵. Dall'inciso richiamato, per ciò che qui rileva, si ricava che la volontà di non superare l'efficacia propria delle direttive è motivata e trova giustificazione nel rispetto per il legislatore europeo. Il fatto che sia in gioco un diritto fondamentale non muta queste conclusioni, come nel caso del diritto alle ferie retribuite. Anche ove si discute di un diritto fondamentale, il ricorso allo schema *Mangold* è osteggiato in quanto le direttive «[d]iventerebbero porte di accesso al diritto primario ben oltre quello che gli organi legislativi dell'Unione hanno previsto e hanno voluto prevedere». Inoltre, poiché numerose questioni sostanziali sono di fatto riconducibili a direttive, l'estensione della possibilità dei giudici di non applicare il diritto nazionale per contrasto con una direttiva, percorribile autonomamente senza necessità di previo rinvio pregiudiziale, «comporterebbe una considerevole erosione delle disposizioni di legge nazionali»⁶⁶. L'efficacia propria delle direttive deve essere, perciò, preservata, mentre le norme primarie restano silenti.

8. Conclusioni

Tentiamo ora una sintesi. La giurisprudenza più recente in materia di cittadinanza dell'Unione, diritto di soggiorno e prestazioni socio-assistenziali mostra una tendenza a privilegiare l'applicazione della normazione secondaria, a discapito del parametro primario, tanto che spesso è la Corte di giustizia a integrare d'ufficio le questioni pregiudiziali con il diritto derivato rilevante per la fattispecie. Le pronunce in tema di direttive nelle controversie tra privati, a loro volta, testimoniano il netto favore verso l'interpretazione conforme, mentre l'applicazione diretta di un corrispondente principio generale, già riconosciuto esistente e dotato di effetti diretti in precedenti sentenze, è soluzione divenuta residuale. Entrambi i filoni giurisprudenziali paiono animati dalla stessa esigenza: la Corte fa da scudo al legislatore europeo, ponendo un freno alla domanda dei giudici nazionali di applicare le norme primarie. La Corte evita, ove possibile, di “risalire” ai

⁶⁵ B. DE WITTE, *Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EU Law*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds), *General Principles of European Community Law*, The Hague, 2000, 143-159.

⁶⁶ Conclusioni Avvocato Generale Trstenjak, cit., §§159-160, §167.

Trattati. Le fattispecie concrete sono con molta più parsimonia attratte nel più ampio ambito di applicazione dei principi primari. Il conflitto silente da cui siamo partiti si consuma, dunque, nella messa in prima linea della legislazione derivata e nell'arretramento delle norme primarie, ossia di quelle norme che più avevano determinato in passato la tutela di posizioni soggettive di vantaggio dei soggetti privati. La chiave di lettura che abbiamo adottato rivela, perciò, un atteggiamento di deferenza verso il legislatore europeo, che la Corte di giustizia si è autoimposta.

Dal punto di vista costituzionale, questo atteggiamento del giudice europeo determina l'appiattimento di principi di rango primario sulla normazione derivata, trasformando la loro potenziale sostanza costituzionale in sostanza legislativa. Se si guarda, inoltre, al contenuto delle norme primarie che sono state annichilite, esse attengono al diritto di circolare e soggiornare e alla parità di trattamento di soggetti non economicamente attivi. Attengono, inoltre, a diritti sociali garantiti dalla Carta europea, come il diritto alle ferie annuali retribuite o il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. La codificazione di numerosi diritti sociali nella Carta europea era stata accolta da parte della dottrina con entusiasmo perché quegli stessi diritti, già disciplinati da direttive europee, avevano assunto rango primario. Si riteneva, così, che essi sarebbero divenuti vincolanti non soltanto per i legislatori degli Stati chiamati all'attuazione del diritto dell'Unione, ma per lo stesso legislatore europeo. I diritti sociali della Carta avrebbero, in altre parole, assunto la forma di principi la cui realizzazione era divenuta cogente per le istituzioni europee⁶⁷. La giurisprudenza che si è esaminata mostra, invece, che questi diritti continuano a vivere nella legislazione derivata e non riescono a salire al livello di norme primarie. Norme di protezione sociale, dunque, restano confinate al mero rango legislativo. L'inveramento di un modello sociale al di là di

⁶⁷ Si veda per esempio uno dei più autorevoli giuslavoristi europei, B. BERCUSSON, *European Labour Law*, 2nd ed., Cambridge, 2009, 380-381; cfr. già T. BLANKE, *Fair and just working conditions*, in B. BERCUSSON (eds.), *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Bruxelles, 2002, 69 ss. che, a proposito del diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque affermato nell'art. 31 Carta osservava che la disposizione: «*elevates this subjective right to the status of a fundamental social right*».

quanto risulta dalla volontà delle istituzioni politiche appare dunque pregiudicato⁶⁸.

Questo arretramento viene a coincidere con il tempo della fragilità dell'integrazione europea, manifestatasi più duramente proprio negli anni della crisi economica⁶⁹. Che sussista un legame diretto tra la fragilità dell'integrazione europea e la deferenza verso il legislatore europeo può essere solo ipotizzato. Se l'integrazione politica è in affanno, la Corte non è più in grado di scandire autonomamente il tempo di marcia, con il rischio che passi troppo lunghi contribuiscano a spezzare, anziché a rafforzare, compromessi istituzionali già fragili.

⁶⁸ La deferenza verso la normazione derivata emerge, si è detto, in fattispecie che attingono a materie di più intensa e profonda integrazione, in cui la Corte guarda alla circolazione interna all'Unione. Quando la Corte guarda all'esterno dei confini europei, invece, pare rianimarsi una forte spinta costruttiva. Un esempio è dato dalla recente Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aleksei Petrukhin*, 6 settembre 2016, C-182/15, in materia penale. Il caso atteneva all'estradizione verso la Federazione Russa di un cittadino estone fermato in Lettonia; le autorità lettoni si erano chieste se gli accordi bilaterali con la Russia che prevedevano il divieto di estradizione dei propri cittadini potessero estendersi anche ai cittadini europei. Anche qui, un indicatore della *vis* espansiva e includente delle tutele offerte dal diritto dell'Unione può consistere nel ricorso alle norme primarie. La Corte si è spinta così a richiedere l'utilizzo alle procedure del mandato di arresto europeo dove non erano previste, estendendole in via analogica. La giustificazione di questo innesto normativo è rinvenuta negli obiettivi dei Trattati, art. 3, par. 2, TUE, sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, e par. 5, sulla promozione dei valori e interessi dell'Unione nelle relazioni esterne, contribuendo alla protezione dei propri cittadini; art. 4, par. 3, primo comma, TUE sul principio di leale collaborazione. Poiché si applica il diritto materiale dell'Unione, si applica anche la Carta (§52), i cui artt. 4 e 19 proibiscono l'allontanamento verso uno Stato in cui esiste un serio rischio di essere sottoposti alla pena di morte, alla tortura o a trattamenti inumani e degradanti.

⁶⁹ Al di là dei casi in materia di cittadinanza che abbiamo richiamato, parte della dottrina ha constatato più in generale il fallimento delle aspettative legate a cosiddette "misure inducenti", ossia misure animate dall'illusione che dispositivi tesi a mimare il costituzionalismo statutale fossero in grado di generare nell'Unione una sfera pubblica condivisa e una forma di solidarietà tra popoli. Tra le "misure inducenti" che si sono rivelate insufficienti è annoverata la stessa Carta europea dei diritti fondamentali, la cui invocazione avanti alla Corte di giustizia non è stata in grado di contrastare le istituzioni europee anti-crisi e le politiche di austerità. Sono state così ridimensionate le speranze di far leva sulla strategia dei diritti fondamentali per indurre un comune senso di appartenenza europea; così A. GUZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale*, cit., 8-11, che pure non rinviene una soluzione nel ritorno ad una pura dimensione statutale. La disillusione verso le politiche europee fa richiamare all'A. il dibattito dottrinale, più risalente, tra visioni ireniche dell'evoluzione costituzionale europea, intesa come progressiva diffusione spontanea di valori comuni, e orientamenti di rottura, che ne hanno visto una dolorosa trasformazione rispetto ai caratteri del costituzionalismo del dopoguerra; cfr. *ivi*, 19 ss. e la bibliografia citata.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Dian **SCHEFOLD**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca
BASCHERINI, Marco **BETZU**,
Gaetano **BUCCI**, Roberto
CHERCHI, Giovanni **COINU**,
Andrea **DEFFENU**, Carlo
FERRAJOLI, Luca **GENINATTI**,
Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio
IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,
Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**
PINTO, Elisa **OLIVITO**, Luciano
PATRUNO, Laura **RONCHETTI**,
Ilenia **RUGGIU**, Sara
SPUNTARELLI, Chiara
TRIPODINA

Redazione

Andrea
DEFFENU, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)